المنزع النبيل

في شرح مختصر خليل

وتصحيح مسائله بالنقل والدليل

تأليف

أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن مرزوق العجيسي التلمساني الحفيد

المتوفى سنة 842

تحقيق الأستاذين

الدكتور حافظ بن عبد الرحمن محمد خير و الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب الشريف

9

المنزع النبيل

في شرح مختصر خليل

وتصحيح مسائله بالنقل والدليل

ISBN 978-9954-607-48-0

9 789954 607480

من إصدارات

إحدى مؤسسات

تطلب إصدارات ومنشورات دارة نجيبويه المعرفية من:

N. (22) - ETG (2) - IMM (6) - GH (11) Madinati -
Sidi Elbernoussi- Casablanca - Royaume (du Maroc)
Tel: (+212) 667893030 - 522765808

مركز نجيبويه - الدار البيضاء - المملكة المغربية

****

وحدة (505) الدور الثاني – برج (أ) المدخل بين ماكدونالد وأورانج.

السرايا مول– 16 ش. ولي العهد– حدائق القبة– القاهرة

هاتف: 224875690-1115550071(+20)

دار المذهب - القاهرة - جمهورية مصر العربية

****

تفرغ زينة - خلف مصرف أورابنك

هاتف: 37030207-20203238(+222)

ديوان الشناقطة - انواكشوط - الجمهورية الإسلامية الموريتانية

الطبعة الأولى
1443هـ/2022م

رقم الإيداع في المكتبة الوطنية (الخزانة العامة) للمملكة المغربية
2016 MO 2282

الرقم الدولي المعياري لهذا الكتاب (ردمك)
978-9954-607-48-0

dr.a.najeeb@gmail.com
www.facebook.com/najeebawaih
@najeebawaih
+90 531 623 33 53

بسم الله الرحمن الرحيم

بـابٌ [في أحكام الحرابة]

قوله: (بابٌ) هذا بابُ أحكام المحارب، وقد تقدَّم في صدر باب البغي وجه ذكره بإِثرِ باب السرقة(1)، ولما كان المحارب مشتقًا من الحرابة وجب التَّعَرُّض لبيانها، وإن كان معناها عند الفقهاء مشهورًا، ورَسَمَها ابن الحاجب بقوله: كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه تتعذَّر الاستغاثة عادة من رجل أو امرأة، أو حر أو عبدٍ، أو مسلم أو ذمي، أو مستأمن(2).

وعند ابن عبد السلام: أنه لم يرد بهذه الكلية حدًّا ولا رسمًا؛ لصعوبتهما(3) في ماهية الحرابة، وأتى بالكلية التي يلزم طردها، ولا يلزم عكسها.

ثُمَّ قال: وقد يدخل تحتها الغصب، لا يقال: المتعذر في الحرابة الإغاثة لا الاستغاثة، فإن المسلوبَ يستغيثُ وجد مغيثًا أم لا؛ لأنا نقول: المعتبر استغاثة(4) ترجى معها إغاثة وغيرها كالعدم، وتدخل الغيلة في الكلية، ولو خرجت ما ضرَّته؛ لأنَّه لم يقصد تعريفًا كما قدَّمنا؛ بل كلية يلزم طردها لا عكسها مع اختلاف العلماء فيها هل تلحق بالحرابة أم لا؟ فلا يعترض بعدم دخولها كما فعل بعضهم.

وفي "العتبية" و"الموازية": مَنْ خرج لقطعِ السبيل من غير أخذ مال؛ فمحارِب.اهـ مختصرًا(5).

وليس ما ذكر عن "العتبية" و"الموازية" بإشارة إلى(6) اعتراض آخر على المصنف بخروج هذا النوع عن الكلية؛ لأنَّه لم يرد بها تعريفًا عنده فلا يَرِد عليه ما

---

(1) انظر النص المحقق: 8/ 6

(2) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 779/2.

(3) في (ب): (لصعوبتها).

(4) جملة (في الحرابة الإغاثة... استغاثة) ساقطة من (ز).

(5) انظر: شرح جامع الأمهات لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 530/16 و531 وما تخلله من قول العتبية والموازية فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 474/14 والبيان والتحصيل، لابن رشد: 373/16.

(6) في (ز): (مال).

يخل بالعكس، وهذا النوع إنما يرد على عكس الكلية، والكلية[1] الموجبة إنما تنعكس جزئية.

قلتُ: والظاهر من المصنف أنه قَصَد التعريف الرسمي، لا يقال: إتيانه بـ(كل[2]) يدل على عدم قصدِه لذلك؛ لأنَّ التعريف للماهية من حيث هي، و(كل) فيها تعرُّض للأفراد فلا يؤتَى بها[3] في الحدود.

ولأنا نقول: التعريف تارة يقصد به الماهية من حيث هي، وتارة يقصد به أفرادها، والذي ينافي (كل) هو الأول لا الثاني، والمصنف قَصَدَ في هذا الرسم[4] التعرض لأفرادِ ماهية الحرابة؛ لأنَّها لمَّا كانت صورًا كثيرة مختلفة بالعوارض اختلافًا متباينًا بحيث يشكل ضبطها بمعنى كلي جامع تعرَّض[5] في الرسم لذكر ما يدل عليها، وله في كلامه نظائر كقوله في الأصول حين حدَّ مبادئ اللغة: كل لفظ وُضِعَ لمعنى، وإنما قصد بها الحد؛ لأنَّه جعلها خبرًا عنه.

فإن قلتَ: قوله هنا: ومُخيفها[6]، والمأخوذ بحضرة الخروج، ومشهر السلاح، والذي يسقى السَّيْكَرَانِ[7]، وغيرها مما عطف عليها تعداد منه للمحاربين يدل على أنه قَصَد الكلية كما قال الشيخ، فهو ينبِّه[8] على ما يشارك أفراد[9] الكلية في حكمها، ولو قصد الرسمَ لكانت تلك الأشياء مما يعترض بها عليه على[10] عكس الرسم، ولمَّا كان المقصد الأعظم بالحرابة أخذ المال جعل الكلية له، وجعل غيره لقِلَّته

---

(1) كلمة (والكلية) ساقطة من (ب).

(2) في (ز): (لكل).

(3) في (ز): (فيها).

(4) في (ب) و(ع2): (الفصل).

(5) كلمتا (جامع تعرض) يقابلهما في (ب): (جامع مع تعرض).

(6) ما يقابل كلمة (ومخيفها) بياض في (ز).

(7) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 2/ 779.

(8) في (ز): (تنبيه).

(9) في (ع2): (أفراع).

(10) في (ز): (وعلى).

لاحقًا.

قلتُ: هذا كلامٌ[1] لا بأس به، لكن مبناه على أن رسم المصنف انتهى عند قوله: (أَوْ مُسْتَأْمَنٍ) كما فهمه الشيخ وغيره من الشارحين، وعندي أن الرسم إنما ينتهي عند قوله: (وإن لم يخف القتل)، والمجرور بعد[2] قوله: (الذي يسقى السَّيْكُرَانِ) هو باللام كذا في نسختين، ويدل على هذا الفهم إتيانه بالفاء في قوله: (فقاطع)، وهذا هو مغزى[3] شيخنا ابن عرفة في رسمه للحرابة[4]، فإنه حدَّها بقوله: الخروج لإخافة سبيل بأخذِ مال محترم بمكابرة[5] قتال، أو خوفه، أو إذهاب عقل، أو قتل خفية[6]، أو لمجرد قطع الطريق لا لإمرة[7] ولا نائرة[8] ولا عداوة.اهـ[9].

إلَّا أن نقلَ الشيخ ابن عرفة رَحِمَهُ اللَّهُ لكلام ابن الحاجب يقتضي أن تمام رسمه أو كليته قوله: (وإن لم يأخذ مالًا) قال: وحمله ابن عبد السلام على أنه كلية، وابن هارون على أنه رسم وتعقَّبه بأمور.اهـ[10].

/ ولم يذكر هو ما اختار في ذلك، ولا الأمور التي تعقب بها ابن هارون، وأجاب [ز:674/ب] بعضهم عن دخول الغصب على ابن الحاجب بأنه لا يتعذَّر معه الاستغاثة، ولو كان الغاصب السلطان[11]، فإنَّ العلماء أهل الحل والعقد يأخذون عليه.

ولا خفاء بضعفِ هذا الجواب لا سيما في مثلِ هذا الزمان، والتحقيق أن يقال:

---

(1) في (ب): (الكلام).

(2) في (ز): (عند).

(3).في (ز): (معنى).

(4) في (ع2): (الحرابة).

(5) في (ز): (بالمكابرة).

(6) في (ع2): (خيفة).

(7) ما يقابل كلمة (لإمرة) بياض في (ز).

(8) ما يقابل كلمة (نائرة) بياض في (ز).

(9) انظر: المختصر الفقهي لابن عرفة:267/10.

(10) المختصر الفقهي لابن عرفة: 269/10.

(11) في (ب): (والسلطان).

الفقهاء اصطلحوا على تسمية أخذ المال على وجه تتعذر[1] معه الاستغاثة النافعة؛ لعدم المغيث الذي لو وُجِد لدفع حرابة، وسموا ما لا يدفع منه المغيث لو وُجِدَ غصبًا، والمصنف إنما يحد الحقائق العرفية.

وقد أشار في "المدونة" إلى الفرق بينهما بهذا الاصطلاح بقوله في الغصب: وليس كل غاصب محاربًا؛ لأنَّ السلطان يغصب فلا يُعَد محاربًا.

والمحارب: القاطع للطريق، أو مَنْ دخل على رجل بيته فكابَرَه على ماله، أو كابَرَه عليه في طريق بعصا أو بسيفٍ أو بغير ذلك.اهـ[2].

ويبقى النظر فيما يدخل على ابن الحاجب مما احترز عنه ابن عرفة بالقيود التي زاد في حده كلام يطول التعرض له والبحث فيه، كما أنَّ في النظر بين حدِّ ابن الحاجب للحرابة وحده للغصب كلامًا تركناه؛ مخافة السآمة، ولكونه من وظائف شُرَّاحه.

[تعريف المحارب]

المُحَارِبُ: قاطِعُ الطَّرِيقِ لِمَنْعِ سُلُوكٍ، أَوْ أَخْذِ[3] مالِ مُسْلِمٍ أَوْ غَيْرِهِ، عَلَى وَجْهٍ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ الغَوْثُ، وإِنِ انْفَرَدَ بِمَدِينَةٍ، كَمُسْقِي السَّيْكَرَانِ[4] لِذَلِكَ، ومُخادِعِ الصَّبِيِّ أَوْ غَيْرِهِ لِيَأْخُذَ ما مَعَهُ، والدَّاخِلِ فِي لَيْلٍ أَوْ نَهارٍ فِي زُقاقٍ أَوْ دارٍ قاتَلَ لِيَأْخُذَ المَالَ

الظاهر أن المصنف قَصَدَ بهذا الكلام الرسم لا الكلية، وإنما رسم المحارب دون الحرابة، وإن كان تعريف أحدهما يعرَّف منه الآخر؛ لأنَّ ما فعل أخصر؛ لخروجه من الحدِّ إلى الحكم، ولو رسم الحرابة لاحتاج أن يقول: (وحكم المحارب) أو (موجبها) أو نحوه.

وقوله: (**لِمَنْعِ سُلُوك**)؛ أي: يقطع الطريق لمنعِ الناس من سلوكها، وإن لم يقصد

---

(1) في (ز): (يتعذر).

(2) المدونة (السعادة/صادر): 366/5 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 82/4.

(3) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (آخِذُ) بالمد اسم فاعل معطوفٌ على (قَاطِع).

(4) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (السَّيْكُرانِ) بضم الكاف وهما لغتان صحيحتان.

أخذ المال؛ لدلالة قوله: (أَوْ أَخْذِ) فجَعَلَ أخذ المال قسيمًا لمنع السلوك، و(أَخْذِ) مخفوض[1] بالعطف على (مَنْعِ).

وقوله: (أَوْ غَيْرِهِ)؛ أي[2]: الكافر الذمي، ويرد على طرد الرسم قَطْع الطريق على[3] الحربي؛ لأخذ ماله، فإن فاعل ذلك ليس بمحارب، فالرسم[4] غير مانع، ولو قال: (مال معصوم) لكان أخصر، وأسلم من الاعتراض.

وقوله: (عَلَى) إلى[5] (الغَوْث) إشارة إلى ما اخترناه في الجواب عن دخول الغصب على ابن الحاجب؛ لأنَّ المعنى يتعذَّر معه الغوث؛ لعدم المغيث رأسًا لا لعدمِ قدرته على الإغاثة، وقَصَدَ به إخراج الغصب، ولا يخفى ما فيه من الضعف؛ إلَّا أن يقال بناء[6] على ما تقدَّم من أن العلماء يغيثون المغصوب، وفيه ما مرَّ.

وقوله: (وإِنِ) إلى (مَدِينَة)؛ أي: وإن كان ذلك القاطع الموصوف رجلًا منفردًا لا أحد معه يعينه على فعله، وهو بمدينة فيها أهلها، وليس من شرطِ المحارب كونه في جماعة أمثاله مع قِلَّةِ المسلوبين؛ بل هو محارب كان كذلك أو بعكس الأمر كالمنفرد في مدينة فـ(إِنْ) إغيائية.

وقوله: (كَمُسْقِي) في الإتيان بالكاف في هذا المحل قلق؛ لما[7] في تقدير متعلقها المحتاج إليه في ربطِ الكلام بما قبله من التكلف، وأظهر التقادير فيها -سواء جعلتها حرفًا أو اسمًا- أن تكون خبرَ متبدأ محذوف ضمير يعود على القاطع[8]؛ أي: وهو -أي: قاطع الطريق المذكور- مثل مسقي، أو كائن كمسقي في أنه محارب مثله، ولو أتى بواو العطف بدل الكاف؛ لكان أبيَن وأبعدَ من التكلف.

---

(1) في (ب): (مخفوضًا).
(2) كلمة (أي) ساقطة من (ز).
(3) حرف الجر (على) ساقط من (ب).
(4) في (ز): (فالاسم).
(5) حرف الجر (إلى) ساقط من (ز).
(6) في (ز): (بشيء).
(7) كلمة (لما) ساقطة من (ز).
(8) في (ب) و(ع2): (القطع) ولعل ما رجحناه أصوب.

و(السَّيْكَرَان) -بفتح السين المهملة، وتسكين الياء، وفتح الكاف-: هو ما يسكر من شربه أو أكله من نبات أو غيره.

وقوله: (لِذَلِكَ) الإشارة إلى أخذِ المال؛ أي: أن الذي يسقي الناس ما يسكرهم ليأخذ أموالهم؛ محارِب.

وقوله: (ومُخادِعِ) إلى (مَعَهُ)؛ أي: والذي يخادعُ صبيًّا[1] أو غيره من رجل أو امرأة؛ ليأخذ ما يكون مع المخادَع -بفتح الدال- محارب.

وقوله: (والدّاخِلِ) إلى (دارٍ)؛ أي: والذي[2] يدخل في زقاقٍ من أزقة المدينة، أو في دار من دُورها ليلًا أو نهارًا؛ ليأخذ شيئًا من المال على وجه المكابرة / بالمقاتلة لأربابه، أو لهتك حريم؛ محارب. [ز:675/أ]

فـ(مُخادِعِ) و(الدّاخِلِ) مخفوضان بالعطف على (مُسْقِي)، وجملة (قاتَل) في موضع نصب على الحال من (الدَّاخِلِ).

ويدخل القتل خفية الذي زاده ابن عرفة في رسمه، وهو قتل الغيلة في قول المصنف: (ومُخادِعِ الصَّبِيِّ وغَيْرِهِ)، فإنه أعم من أن تكون مخادعته بقتلٍ أو غيره.

وأمَّا ما أخرجه الشيخ ابن عرفة بقوله: (لا... إلى آخره) فيخرجُ من كلام المصنف بلامات الجر التي جعلها علة، وهو ظاهر بناء على القول بعكس العلة، فإِنَّ مفهومها لا يثبت إلَّا على ذلك القول.

أمَّا مضمن[3] قوله: (قاطع) إلى (غيره)، فقال في "النوادر": ومن كتاب ابن المواز ونحوه في "العتبية" من سماع ابن القاسم: قلتُ: فإِنْ خَرَجَ لقطعِ السبيل لغير مال.

قال: فلعداوة[4] أو نائرة أو لدخل بينهم.

قلت: لا؛ إلَّا أنه قال: لا أدع هؤلاء يخرجون إلى الشام أو إلى مصر أو مكة.

---

(1) في (ز): (الصبي).

(2) في (ب): (الذي).

(3) ما يقابل كلمة (مضمن) بياض في (ز).

(4) في (ز): (لعداوة).

قال: فهو محارب لا عفو فيه.

وكل مَن قطع الطريق وأخاف الناس وحمل عليهم السلاح لغيرِ عداوة، ولا نائرة؛ [فهو محارب](1).

وقتل الغيلة -أيضًا- من الحرابة؛ أن يغتال رجلًا أو صبيًّا فيحتال(2) فيخدعه حتى يدخله موضعًا فيأخذ ما معه فهو كالحرابة.

وكل مَنْ قتل أحدًا على ما معه قلَّ أو كَثُر؛ فهو محارب، فَعَلَ ذلك بعبدٍ أو حر مسلم أو ذمي.اهـ(3).

قال في "المدونة": ومَنْ حارب مِنْ أهل الذمة أو المسلمين(4)، فأخافوا السبيل ولم يأخذوا مَالًا ولم يقتلوا؛ فإِنَّ الإمام مخيَّرٌ؛ إن شاء قتل، وإن شاء قطع.

قال مالك: ورُبَّ محاربٍ لم يقتل هو أخوف وأعظم فسادًا في خوفه ممَّن قتل، وإذا نَصَب وعلا أمره، وأخاف وحارب، ولم يقتل، وأخذ المال أو لم يأخذ مالًا(5)؛ كان الإمام مخيرًا إن شاء قتله أو قطع يده ورجله.اهـ(6).

وأمَّا قوله: (يَتَعَذَّرُ مَعَهُ الغَوْثُ) فلم أقف عليه من كلامِ غيره إلَّا لابن الحاجب(7)، وفي وجيز الغزالي إشارة إليه(8).

وقد يقال: إِنَّ في قوله في "المدونة": (وإذا نصب وعلا أمره وأخاف وحارب) إشارة إليه.

وفي "التنبيهات": الحرابة: كل ما أخذ بمكابرة ومدافعة.اهـ(9).

---

(1) كلمتا (فهو محارب) زائدتان من نوادر ابن أبي زيد.

(2) كلمة (فيحتال) زائدة من (ع2).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 474/14 و475.

(4) كلمتا (أو المسلمين) يقابلهما في (ب): (والمسلمين).

(5) كلمة (مالًا) ساقطة من (ب).

(6) المدونة (السعادة/صادر): 298/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 313/4.

(7) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 779/2.

(8) انظر: الوجيز، للغزالي: 177/2.

(9) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 2695/5.

وليس فيه ما يدل على تعذر الغوث.

وفي "التلقين": وصفة المحارب: هو القاطع الطريق، المخيف للسبيل، الشاهر السلاح، المقاتل على المال؛ كان في مصر أو بدو.اهـ[1].

وإن حقَّقت وتتبعت مسائل المذهب لم تجد من شرطِ المحاربة تعذر الغوث.

وأمَّا قوله: (وإِنِ انْفَرَدَ بِمَدِينَةٍ) فقد يؤخذ من إطلاق "المدونة" في قوله: ويكون الرجل الواحد محاربًا.اهـ[2].

وزاد في "الكبرى": وقد قَتَل مالك رجلًا واحدًا كان قد قتل على وجه الحرابة، وأخذ مالًا، وأنا بالمدينة يومئذٍ.اهـ[3].

وفي "النوادر": ومن كتاب ابن سحنون: قال ابن القاسم وأشهب: المحارب في المصر وغيره[4]؛ سواء، قطعوا وأفسدوا[5] في مدينتهم، أو في الطريق.

وقال عبد الملك: لا يكونون محاربين في القرية؛ إلَّا أن يريدوا بذلك القرية كلها، وإلَّا فهم معتدون سفهاء، إلَّا أن يكونوا[6] جندًا وجماعة محاربين[7] لأهل القرية عاذين معلنين؛ فهم كاللصوص الذين يفتحون القرى، ويكثر جموعهم، فأمَّا وهم[8] في القرى مختلفون[9] لا يفسدون إلَّا الواحد المستضعف؛ فليس في القرى محاربة.

---

(1) ما يقابل كلمتي (أو بدو) بياض في (ز).

انظر: التلقين، لعبد الوهاب: 2/ 196.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا):4/315.

(3) المدونة (السعادة/صادر): 6/303.

(4) كلمة (وغيره) يقابلها في (ب): (أو غيره).

(5) كلمة (وأفسدوا) يقابلها في (ب): (أو أفسدوا).

(6) في (ع2) و(ز): (يكون) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(7) كلمة (محاربين) ساقطة من (ب).

(8) كلمتا (فأما وهم) يقابلهما في (ع2) و(ب): (بأموالهم) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(9) في (ز): (مختفين) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

وخالفه[1] سحنون، فقال: ذلك سواء.

قال ابن المواز: قال مالك في رجل خرج بسيفه في سوق من بعض أعمال المدينة، أراه إن أراد رجلًا فأُخِذَ هل يقتل؟

قال: لا يقتل، ولا يقطع، وليؤدَّب عقوبة موجعة ويحبس، وقد اختفى رجل لمروان فطعَنَه، فاستشار فيه، فلم يروا فيه قتلًا، وإنما كان ظلمه عامل له باليمن فَفَعل هذا.

قال أصبغ: لأنَّه أراد أمرًا فلم يفعله، ولو فعل هذا تلصصًا وحرابةً شاهرًا سيفه[2] في الأسواق لأخذِ أموال الناس؛ فإنه ينفى كما يفعل بالمحارب الخفيف الظلم.اهـ[3].

وأمَّا (مُسْقِي السَّيْكُرَانِ) فقال في "المدونة": والخناقون والذين يسقون الناس السيكران؛ ليأخذوا أموالهم محاربون.اهـ[4].

قال في "التنبيهات": وظاهر كتاب محمد أنها إنما تكون محاربة إذا كان ما سقاه يموت منه.اهـ[5].

وفي "النوادر" -وبعضه في ابن يونس[6]-: قال أشهب، وابن[7] عبد الحكم عن مالك -وهو في "العتبية" من سماع أشهب- فيمن لقي رجالًا[8] فأطعمهم سويقًا فمات بعضهم، ولبط الباقون فلم يفيقوا إلى مثلها، فقال: ما أردت قتلهم، وإنما أردت أخذ / ما معهم، وإنما أعطاني السويق رجل، وقال: إنه يُسكر، وأمَّا أنا فلم أرد قتلهم [ز:675/ب]

(1) في (ع2) و(ب): (وخالفهم) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(2) في (ع2): (بسيفه).

(3) كلمة (الظلم) ساقطة من (ز).

انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 478/14 و479.

(4) المدونة (السعادة/صادر): 304/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 316/4.

(5) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 2697/5.

(6) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 328/11.

(7) كلمة (وابن) يقابلها في (ب): (عن ابن).

(8) في (ب): (رجلًا).

به[1].

قال: يقتل.

وقال: أرأيت التي سمَّت رسول الله ﷺ ولأصحابه -رضي الله عن جميعهم- في الشاة فمات بعضهم[2]، ألم يكن عليها القتل؟

قيل: تلك أرادت القتل، وهذا يقول: لم أرد القتل، قال: ومن يقبل ذلك منه، وقد تعمَّد إطعامهم، والذي يضرب الإنسان فيموت من ذلك، ويقول: لم أرد القتل؛ فلا يقبل ذلك منه.

قال في كتاب محمد: ولو قال: ما أردت قتلهم ولا أَخْذ أموالهم، وإنما هو سويق لا شيء فيه إلَّا أنهم لما ماتوا أخذت[3] أموالهم[4].

قال: فلا شيء عليه غير[5] رد المال.

ومن "العتبية": روى أشهب عن مالك في جارية أطعَمَت رجلًا في بلح شيئًا أذهب عقله، فمرة يفيق ومرة يذهب عقله، وقد[6] أقرَّت بذلك، قال: قد أتت أمرًا عظيمًا، قيل: أفتقتل؟

قال: إنها محقونة بكل شر، وما أدري ما القتل؟

قيل: قد فعلت هذا قبل هذا، قال: ترفع إلى السلطان وهي تستحق كل سوء، فأمَّا القتل فلا أدري.اهـ[7].

---

(1) كلمة (به) ساقطة من (ب).

(2) يشير إلى الحديث الذي تقدم تخريجه في باب الدماء. انظر النص المحقق: 7/ 64.
عن أبي سلمة رضي الله عنه، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ: أَهْدَتْ لَهُ يَهُودِيَّةٌ بِخَيْبَرَ شَاةً مَصْلِيَّةً نَحْوَ حَدِيثِ جَابِرٍ قَالَ: فَمَاتَ بِشْرُ بْنُ الْبَرَاءِ بْنِ مَعْرُورٍ الْأَنْصَارِيُّ فَأَرْسَلَ إِلَى الْيَهُودِيَّةِ «مَا حَمَلَكِ عَلَى الَّذِي صَنَعْتِ».

(3) في (ز) و(ع2) و(ب): (أخذ) وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(4) في (ع2): (مالهم).

(5) في (ز): (إلا).

(6) في (ع2) و(ب): (قد).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 476/14 و477 وما تخلله من قول العتبية فهو بنحوه في البيان والتحصيل، لابن رشد: 374/16.

وأمَّا الـ(مُخادِعِ)؛ فقد تقدَّم فيه نص "النوادر" عند الكلام على مانع السلوك[1].

وقال اللخمي: والمغتال[2]: رجل عَرَض لصبي أو لرجل فخدعه حتى أدخله بيتًا فقتله، وأخذ متاعه، أو شدَّ[3] على قومٍ فعَرَض لهم في طريق، فقتل وأخذ متاعًا؛ فذلك غيلة أيضًا.

وقيل: الغيلة تُعَدّ من الحرابة.

وقال في الذي يخنق الرجل لأخذِ متاعه: إنه محارب، وفي الذين يسقون الناس السيكران لأخذ أموالهم: إنهم محاربون.

وليس بالبيِّن، وليس هذه محاربة.اهـ[4].

ثُمَّ ذكر مسألة مطعم السويق للجماعة.

وأمَّا كون داخل الزقاق أو الدار لأخذ المال بالقتل[5] محاربًا؛ فقد تقدَّم نص "المدونة" في ذلك من كتاب الغصب عند الكلام على مقدمة هذا الباب على الفرق بين الحرابة والغصب[6].

وقال في آخر كتاب المحاربين: ومَنْ دخل على رجل في حريمه ليأخذ ماله؛ فهو محارب.اهـ[7].

ومن هذا المعنى ما تقدَّم من نص "النوادر" عند قوله: (**وإِنِ انْفَرَدَ بِمَدِينَةٍ**)[8].

وفي "النوادر" أيضًا: من كتاب محمد و"العتبية" روى أشهب عن مالك فيمن لَقِيَ رجلًا فسأله طعامًا معه فأبى، فكتفه، ونزع منه الطعام ونزع ثوبه؛ قال: إنه يشبه المحارب.

---

(1) انظر النص المحقق: 9/ 11.

(2) عبارة (وقال اللخمي: والمغتال) يقابلها في (ز): (والمقاتل).

(3) كلمتا (أو شدَّ) يقابلهما في (ب): (وشدَّ).

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6134/11.

(5) في (ع2): (بالقتال).

(6) انظر النص المحقق: 8/ 580.

(7) المدونة (السعادة/صادر): 304/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 316/4.

(8) انظر النص المحقق: 9/ 12.

ومن كتاب ابن سحنون: قال سحنون في السارق ليلًا يأخذ متاعًا فيطلب رب الدار نزع المتاع منه، فيكابره عليه بسيف أو سكين أو عصا حتى خرج به أو لم يخرج، وكثر عليه الناس ولم يسلمه؛ قال: هذا محارب.

قيل: ولو نقب فدخل فأدركه رب المتاع، فخرج والمتاع في البيت، فجابذه على المتاع حتى غلبه عليه، فأُخِذَ على ذلك، فإن كابره بسلاح حتى أخافه فأسلمه إليه، أو بقي يجابذه عليه حتى أخذ؛ فهو محارب، وإن كان جابذه كما يفعل المختلس؛ فليس بمحارب، وينكل ولا يقطع، لأنَّ أوله كان سارقًا ثُمَّ صار مختلسًا، ولا قطع في الخلسة.اهـ[1].

وزاد اللخمي على مسألة نازع الطعام والثوب، فقال عن مالك: وكذلك الذي توجد معه الدابة فيقر أنه وجد عليها رجلًا فأنزله وأخذها؛ فإنه يضرب وينفى، وقال -يعني مالك- في الذي يجد الرجل في السَّحر وعند العتمة فينثره ثوبه في الخلوة: فلا قطع عليه إلَّا أن يكون لِصًّا أو محاربًا، فأمَّا الذي يجد الرجل في الليل فيكابره حتى ينزع ثوبه عن ظهره؛ فلا قطع عليه.

ثُمَّ قال بعد هذا: آخذ المال سرًّا، وينجو به سارق، فإن علم به بعد أن أخذ المتاع[2] وخرج به، فقاتل حتى نجا به؛ سارقٌ أيضًا؛ لأنَّ قتاله حينئذٍ ليدفع عن نفسه، وإن علم به قبل أن يأخذه فقاتل حتى أخذه؛ فمحاربٌ عند مالك، لا عند عبد الملك.اهـ[3].

[حَدُّ المحارب]

فَيُقَاتَلُ بَعْدَ المُنَاشَدَةِ إنْ أَمْكَنَ، ثُمَّ يُصْلَبُ فَيُقْتَلُ، أَوْ يُنْفَى الحُرُّ كَالزِّنا والقَتْلِ، أَوْ تُقْطَعُ يَمِينُهُ ورِجْلُهُ اليُسْرَى وِلاءً

يعني أن المحارب الموصوف إذا ثبتت عليه الحرابةُ؛ فإن الحكم فيه أنه يقاتل

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 477/14 و478.

(2) كلمتا (أخذ المتاع) يقابلهما في (ز): (أخذه).

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6133/11 وما بعدها وما تخلله من قول فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 479/14 و.

حتى يظفر به، وإنما يجوز القدوم على مقاتلته (**بَعْدَ المُناشَدَةِ**)؛ أي: بعد أن يُدْعَى إلى التقوى كما يُدْعَى الكافر قبل المقاتلة إلى الإسلام، ولو قال: (**بعد الدعوة**) لكان أخصر وأَوْلى؛ لأنَّ المفاعلة هنا ليست على حقيقتها؛ لأَنَّها إنما تكون من واحدٍ، وأيضًا[1] فظاهرُ لفظه وجوب الدعوة؛ لأنَّه يفهم أنه لا بد منها، وظاهر / "المدونة" [ز:676/أ] في كتاب الجهاد أنها[2] مندوبة، فتأمله[3].

وقوله: (**إِنْ أَمْكَنَ**) شرطٌ في المناشدة، ومعناه إنما يناشد قبل القتال إن لم يخف منه معاجلة بالقتال[4] قبل الدعوى، وأمَّا إن خيف منه المعاجلة بالقتال؛ فليقاتل ولا يدعى، هذا هو الذي يعطيه مفهوم شرطه، وهو صحيح، وذكر ضمير (**المُناشَدَة**)، وهو فاعل (**أَمْكَن**)؛ لأَنَّها بمعنى الدعاء، ويحتمل أن يكون فاعل (**أَمْكَن**) ضمير (**المُحارِبُ**)؛ أي: إن أمكن المحارب[5] من المناشدة بإمهاله عن المقاتلة وعدم المعاجلة بها.

وقوله: (**ثُمَّ...**) إلى آخره؛ أي: ثُمَّ يكون الحكم فيه بعد الظفر به بمقاتلة أو بغير مقاتلة -إلَّا أنه قدر عليه قبل أن يتوب- تخيير الإمام فيه بين ثلاثة أشياء:

- إمَّا أن يصلبه حيًّا، فيقتله وهو مصلوب، واستفيد هذا من كلام المصنف؛ لعطفه (**يُقْتَلُ**) بالفاء على (**يصْلَبه**)، وهي تفيد الترتيب من غير تراخ.
- أو يجلد[6]، ثُمَّ ينفى الحر لا العبد، كما[7] في الزنا -يعني: في حق البكر- فإنه تقدَّم أن الحر ينفى بسببه إلى بلد آخر يسجن فيه[8] بعد الجلد، إلَّا أن

---

(1) كلمة (وأيضًا) ساقطة من (ب).

(2) في (ب): (أنه).

(3) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 2/2.

(4) في (ب): (القتال).

(5) عبارة (أي: إن أمكن المحارب) زائدة من (ز).

(6) كلمتا (أو يجلد) يقابلهما في (ب) و(ع2): (ويجلد) ولعل ما رجحناه أصوب.

(7) كلمة (كما) ساقطة من (ز).

(8) كلمتا (يسجن فيه) ساقطتان من (ز).

الجلد هنا لم يحدد بعدد[1] المائة كما في الزنا، والسجن في الزنا محدد بالسنة، وهنا[2] لم يحدد[3] بها؛ بل حتى تظهر توبته.

فالتشبيه في قوله: (**كالزِّنا**) إنما يرجع لوصف الحر خاصة، ويحتمل أن يرجع مع ذلك إلى سجنه في البلد الذي يُنفى إليه وإلى مطلق جلده قبل النفي.

وهل يكون قوله: (**كالزِّنا**) مخرجًا لحكم المرأة من النفي لأجل الحرابة كما لا تنفى للزنا، أو لا[4] تخرج من هذا الحكم؛ لتعليقه[5] حكم النفي على وصف الحرية خاصة فلا يخرج منه إلَّا العبد؟ كلامه محتمل لذلك، والمسألة خلافية.

• أو تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى، ويوالي قطعهما في وقتٍ واحدٍ، لا أنه يقطع اليد[6] اليمنى ثُمَّ يترك إلى أن يبدأ فيقطع الرجل اليسرى؛ بل[7] يقطع الرجل بإثر قطع اليد على الفور، وهذا معنى قوله: (**وِلاء**)، وهو منصوبٌ على أنه مصدر نوعي؛ أي: قطعًا ولاءً، وعامله (**يقْطَعُ**).

قال الجوهري: والى بينهما وِلاءً؛ أي: تابَعَ، وافْعَلْ هذه الأشياء على الوِلاءِ؛ أي: متابعةً، وتَوالى عليه شهران، أي: تَتابَع. اهـ[8].

واعلم أن ما نقل المصنف من التخيير في عقوبته بين ثلاثة أشياء بناء منه على ما به الفتوى عنده، وهو مذهب ابن القاسم، وأكثر الفقهاء إنما يقولون: يخيَّر فيه بين أربعة أشياء، فيذكرون القتلَ، والصلبَ، والقطع، والنفي، وقصدوا التبرك بلفظ الآية، والصلب وحده من دون القتل[9] لم يقل به، وإنما معنى الآية: أن يقتلوا من دون

---

(1) كلمتا (يحدد بعدد) يقابلهما في (ب): (يحد بعد).

(2) في (ب): (وهذا).

(3) في (ب): (يحد).

(4) في (ب): (ولا).

(5) في (ب): (كتعليقه).

(6) في (ب): (يده).

(7) في (ز): (يريد).

(8) الصحاح، للجوهري: 6/ 2530.

(9) في (ع2): (الآية).

صلب أو معه، ثُمَّ اختلف إذا كان الصلب مع القتل هل يتقدم الصلب ثُمَّ يقتل، أو يتأخَّر عن القتل؟

ولا يخلو كلام المصنف في هذا الفصل من قصور عن المعاني المرادة له.

أمَّا جواز مقاتلة المحارب بشرط مناشدته مع الإمكان، فقال ابن الجلَّاب: ومن لقيه لصٌّ ناشده الله، فإن أبى الكفَّ عنه؛ قاتله، فإن قتله؛ فدَمُه هدر، ولا شيء عليه.اهـ[1].

وقال في جهاد "المدونة" -في ذلك وما يناسبه-: وينبغي أن يُدْعى اللص إلى التقوى، فإن أبى؛ قوتل؛ كان بطريق أو أتى إلى محلك، وكذلك[2] إن نزل قومٌ بآخرين يريدون أنفسهم وأموالهم وحريمهم ناشدوهم الله، فإن أبوا؛ فالسيف.

ومن عاجلك عن الدعوى من لصٍّ أو مشرك؛ فقاتله، وإن طلب السلابة طعامًا أو ثوبًا أو أمرًا خفيفًا؛ رأيت أن يعطوه، ولا يقاتِلوا.

قال محمد بن سيرين: ما علمت أحدًا ترك قتال من يريد نفسَه وماله تأثمًا.اهـ[3].

وقال في آخر كتاب المحاربين: قال مالك: وجهاد المحاربين جهاد.اهـ[4].

وفي "النوادر"[5]: ومن كتاب ابن المواز: لم يختلف مالك وأصحابه في جواز قتال المحاربين، وأنَّ من قُتِلَ في ذلك فخَيْر قتيل.

قال مالك: ويناشده الله ثلاثًا، وإن عاجله؛ قاتَله.

قال عبد الملك: لا يدعوه وليبادِر إلى قتله.

قال محمد: ومن ظفر بلصٍّ وأسَرَه؛ فلا يلي قتله، وليرفعه إلى الإمام؛ إلَّا أن يكون الإمام ممن لا يقيم عليهم الحكم[6]، وأحسب أن مالكًا قاله إلَّا أنه لا يجهز[7]

---

(1) التفريع، لابن الجلاب (العلمية): 236/2.

(2) في (ز): (وكذا).

(3) المدونة (السعادة/صادر): 3/2 و4 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 330/1.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 316/4.

(5) كلمتا (وفي النوادر) زائدتان من (ز).

(6) في (ب): (القتل) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(7) في (ز): (يخف).

على جريحهم، ولا يقتل أسيرهم، وليبعث إلى الإمام يلي ذلك.

فإن خفت أن لا يقيم عليهم الحكم؛ فاقتل أنت الأسير، وأجهز على الجريح، واقطعه خلافًا، ومن قُتِلَ منهم؛ ورثه ورثته[1].

ومن كتاب ابن سحنون وغيره: قال مالك: يُدْعى اللص[2] إلى التقوى فإن أبى؛ فقاتله، وإن عاجلك؛ / فقاتِله، وإن طلبوا مثل الطعام والثوب؛ فليعطوه ولا يقاتِلوا. [ز:676/ب]

وقال عبد الملك: لا تدعه، وقاتله واقتله، وأجهِزْ عليه، وليست هذه بدعوة، وإنما هي عطية منك لمن تخشى حده[3]، وقد فعل ما أوجب قتله.

قال سحنون: وأنا أرى أن لا يعطوا شيئًا وإن قلَّ، ولا[4] يدعونهم، وهذا وَهَن يدخل عليهم، وليظهر لهم الجَلَد والصبر والقتال بالسيف؛ فهو أكسرُ لهم وأقلُّ لطمعهم، وكذلك عنه في "العتبية".

وقال مالك وابن القاسم وأشهب: جهادهم جهاد.

قال عنه أشهب: مِن أفضل الجهاد وأعظمه أجرًا.

وقال مالك في أعراب قطعوا الطريق: إن جهادهم أحب إليَّ من جهاد الروم.

وقد قال النبي ﷺ: «**مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ**»[5]، فإذا قتل دون ماله ومال المسلمين فهو أعظم لأجرِه.اهـ[6].

وذكر بعد هذا عن عبد الملك أنه لا[7] يجوز تأمين المحارب، ولا أمان له إن

---

(1) في (ز): (ورثتهم).

(2) كلمة (اللص) ساقطة من (ع2).

(3) كلمة (حده) ساقطة من (ز).

(4) في (ب): (وألا).

(5) متفق على صحته، رواه البخاري في باب من قاتل دون ماله، من كتاب المظالم والغصب، في صحيحه: 136/3، برقم (2480).

ومسلم في باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق، كان القاصد مهدر الدم في حقه، وإن قتل كان في النار، وأن من قتل دون ماله فهو شهيد، من كتاب الإيمان، في صحيحه: 124/1، برقم (141) كلاهما عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 471/14 و472.

(7) كلمة (لا) زائدة من (ب).

أنزله الإمام على ذلك، وإن لحِقَ بدار الحرب وتنصَّر؛ فليستتب، فإن أبى؛ قتل على الردة والحرابة، فإن تاب؛ نظر فيه كالمحارب، ومثله لسحنون: إن حُصِرَ مع الكفار فنزلوا على عهد؛ فلا عهد له معهم، وقد ظفر به قبل التوبة.

ومن كتاب محمد: إن امتنع بنفسه حتى أعطي أمانًا؛ فقيل: يتم له، وقيل: لا، ويؤخذ بحق الله سبحانه، وقاله أصبغ، ولو أمنه والٍ على أن يخبره بما[1] فعل، ففعل؛ فلا أمان له، ولا ينبغي أن يؤمنه على قطع حق الله، وليقم عليه ما أقام على غيره، ولا يؤخذ بما أقرَّ به على أن يؤمنه، قاله مالك وبعض أصحابه.

ويكرَه للسلطان أن يقول لمتهم: أخبرني وأنت آمن، وهو خديعة وغرر.

ثُمَّ قال: ومن كتاب ابن سحنون قال عبد الملك: ولا يعطى اللصوص شيئًا طلبوه وإن قلَّ، وفي ذلك وهن ومذلة للإسلام، وهذا في العدد المناصف لهم والراجي الغلبة، وإن أمكن الخوف؛ إلَّا فيمن يوقن[2] أن لا قوة بهم ولا نجدة ولا مناصفة؛ فهؤلاء كالأسير، وعسى أن يعذروا في إعطائهم إن شاء الله، وقاله كله سحنون، وكل ما ذكر ابن سحنون عن عبد الملك في هذا الباب فقد ذكره عنه ابن حبيب.اهـ[3].

وأمَّا ما ذكر من تخيير الإمام في حدِّه بعد الظفر به قبل التوبة، ففي "الرسالة": والمحارب لا عفو فيه إذا ظُفِرَ به، فإن قتل أحدًا فلا بدَّ من قتلِه، وإن لم يَقْتل فيسع الإمام[4] فيه اجتهاده بقدرِ جرمه، وكثرة مقامه في فساده، فإمَّا قتله، أو صلبه ثُمَّ قتله، أو يقطعه من خلاف، أو ينفيه إلى بلد يسجن بها حتى يتوب.اهـ[5].

إلَّا أن قوله: (ثُمَّ قتله) ليس فيه ما يقتضي قتله مصلوبًا؛ لاحتمال أن يصلب[6] ثُمَّ

---

(1) في (ز): (لما).

(2) كلمة (يوقن) ساقطة من (ع2).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 473/14 و474.

(4) كلمتا (فيسع الإمام) يقابلهما في (ز): (فيسع فيتبع الإمام) وما رجحناه موافق لما في رسالة ابن أبي زيد.

(5) الرسالة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا)، ص: 76.

(6) في (ز): (يصلبه).

يطلق حيًّا ثُـمَّ يقتـل[1] إلَّا أن في "المقـدمات": اختُلِفَ في قـول الله ﷻ: ﴿أَوْ يُصَلَّبُوٓا۟﴾ [المائدة:33] فقيل: يقتل ثُمَّ يصلب؛ ليذعِرَ أهل الفساد، وهو قول أشهب.

وقيل: يصلب حيًّا، ويقتل في الخشبة، وهو قـول ابـن القاسـم وابـن الماجشون، واختيار ابن بكير؛ لأنَّ الصلب أن يقتل مصلوبًا فيسيل دمه وهو مربوط في الخشبة من قولهم: تمر مُصَلِّب إذا كان ذا صفر سائل، ولأنَّ الله تعالى إنما خيَّر في صفة قتله، ولو خيَّر في صلبه بعد قتله لقيل أن يقتلوا، أو يقتلوا ثُمَّ يصلبوا.اهـ[2].

إلَّا أن قوله: (أو يقطعه من خلاف) ليس فيه تعيين اليد اليمنى والرِّجل اليسرى كما ذكر المصنف، وليس في كلامه -أيضًا- تعرض للجَلْدِ مع النفي المستفاد من قول المصنف: (كالزِّنا)، لكن قال في الجلَّاب: وحدُّ المحارِبِ موكـولٌ إلى اجتهاد الحاكم فإن رأى قَتْلَـهُ قَتَلَـهُ، وإن رأى قَطْعَه قَطَعَـهُ مـن خـلاف [قطع][3] يـده اليمنى ورجله اليسرى، وإن رأى ضَرْبَه وحَبْسَه فَعَل ذلك به، ونفاه إلى بلد غير بلده فحبسه به حتى تظهـر توبتـه، ولـه قتلـه وإن لـم يقتـل أحـدًا في حرابته إذا أدَّاه الاجتهاد إلى قتله.اهـ[4].

ولنـذكر مـا نَـصَّ عليـه في "المدونـة" مـن عقوبـة المحـارِب، وفيـه التنبيـه علـى الضرب الذي لم يصرِّح به المصنف مع النفي، وتصحيح كونه على الحر وأنه يسجن إلى ظهور التوبة، وقوته تعطي أن القتل حالة الصلب، قال: ومن حارب من أهل الذمة أو المسلمين فأخافوا السبيل، ولم يأخذوا مالًا، ولم يقتلوا؛ فإن الإمام مخيَّرٌ إن شاء قتل وإن شاء قطع.

قال مالك: ورُبَّ محارب لم يقتل هو أخوف وأعظم فسادًا في خوفه ممن قتل، وإذا نصب وعلا / أمره، وأخاف وحارب، ولم يقتل وأخذ المال، أو لم يأخذ مالًا؛ [ز:677/أ]

---

(1) عبارة (حيا ثم يقتل) ساقطة من (ب).

(2) المقدمات الممهدات، لابن رشد: 233/3.

(3) كلمة (قطع) زائدة من تفريع ابن الجلاب.

(4) في (ز): (قوله).

التفريع، لابن الجلاب (العلمية): 232/2 و233.

كان الإمام مخيَّرًا إن شاء قتله أو قطع[1] يده ورجله، ولا يجتمع مع القتل قطع ولا ضرب، ولا يضرب إذا قطعت يده ورجله.

قال مالك: وليس كل المحاربين سواء منهم من يخرج بعصا أو خشبة وشبه ذلك، فيؤخذ على تلك الحال بحضرة الخروج، ولم يخف السبيل ولم يأخذ المال؛ فهذا لو أخذ فيه بأيسر الحكم؛ لم أرَ به بأسًا، وذلك الضرب والنفي، ويُسْجَن في الموضع الذي نُفِيَ إليه، وليس للإمام أن يعفو عنه، ولا عن أحد من المحاربين، ولكن يجتهد الإمام في ضربه ونفيه، وقد نفى عمر بن عبد العزيز محاربًا أخذ بمصر إلى شغب[2].

قال مالك: وقد كان ينفى عندنا إلى فَدَك وخيبر، ويسجن في الموضع الذي ينفى إليه حتى تُعْرف له توبة.

قال: وإذا أخذه الإمام، وقد قَتَل وأخذ المال وأخاف السبيل؛ فليقتله، ولا يقطع يده ولا رجله، والقتل يأتي على ذلك كله.

وأمَّا الصلب مع القتل؛ فذلك إلى الإمام بأشنعِ ما يراه.

قال مالك: ولم أسمع أنَّ[3] أحدًا صَلَب إلَّا عبدَ الملك[4] بن مروان، فإنه صلب الحارث الذي تنبَّأ وهو حي، وطعنه بالحربة بيده، وكذلك يفعل بمن صلب من المحاربين.

وحكم العبد في الحرابة مثل ما وصفنا في الأحرار، إلَّا أنه لا نفي على العبد.اهـ[5].

---

(1) كلمتا (أو قطع) يقابلهما في (ب): (وقطع).

(2) عياض: شَغَب -بفتح الشين المعجمة وفتح الغين المعجمة وآخره باء- قريةٌ من مصر على اثني عشر مرحلة.اهـ. من التنبيهات المستنبطة (بتحقيقنا): 2717/5.

(3) كلمة (أنَّ) ساقط من (ع2).

(4) كلمتا (إلا عبد الملك) يقابلهما في (ب) و(ع2) (إلا غير عبد الملك) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 298/6 و299 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 313/4 و314.

وفيه من تصحيح ما أشار إليه المصنف من الأحكام ما لا يخفى.

وما أشرنا إليه من النظر في تناول كلام المصنف نفي المرأة؛ مثله في "المدونة" فظاهر ما هنا أنها تنفى؛ لقوله: (الأحرار) وظاهر ما في الرجم أن لا تنفى؛ لقوله: ولا نفي على النساء ولا على العبيد، ولا تغريب.

ولا ينفى الرجل الحر إلَّا في الزنا، أو في حرابة؛ فيسجنان جميعًا في الموضع الذي ينفيان إليه، يسجن الزاني سنة، والمحارب حتى تُعْرَف له توبة.اهـ[1].

وقد يقال: يرد ما في الحرابة إلى ما في الرجم؛ لأنَّ ما في الرجم لنفي الجنس، وقد تقرَّر في علم المعاني أن عموم المفرد أشمل.

فإن قيل: المراد لا نفي في الزنا بقرينة وروده في بابه عورض بأن الأصل عدم التقييد والإضمار، وقريبٌ من هذا البحث ما فَهِمَه الشيخ ابن عرفة من أن[2] "المدونة" قد[3] يؤخذ منها[4] ألَّا ضرب على المحارب إن نفي؛ لأنَّه لم يذكره معه في كتاب الرجم، ولا خفاء بضعفِ هذا الأخذ، فإن ذِكْرَه لنفي المحارب في الرجم بحسب التبع لا بالذات، فالعمل على ما صرَّح به في المحاربين، كما يقدم العام الذي هو أمسُّ بالمقصود على غيره.

وأمَّا ما ذَكَر من أن القطع في هذا الباب يكون ولاءً، فلا أذكر الآن من صرَّح به غير ابن الحاجب وابن شاس، لكن قوة كلامهم تعطيه، ولأنَّه حدٌّ واحدٌ فلا يُفَرَّق كما لا يفرق ما لا يطاق من الحدود، وقد تقدَّم لنا في كتاب الجنايات عند قول المصنف: (**وأُخِّرَ لِبَرْدٍ أَوْ حَرٍّ**) من نقل ابن يونس في كتاب[5] القطع في السرقة عن محمد ما هو كالتصريح بأن قطع المحارب يكون ولاء وهو صريح، فراجعه[6].

---

(1) المدونة (السعادة/صادر): 236/6 و237 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا):339/4.

(2) كلمة (أن) زائدة من (ز).

(3) في (ب): (وقد).

(4) كلمة (منها) ساقطة من (ز).

(5) كلمتا (في كتاب) يقابلهما في (ز): (وكتاب).

(6) انظر النص المحقق: 7/ 220.

فإن كان لا يطيق قطع العضوين في وقتٍ، فهل يفرقان كما ذكر اللخمي في بعض الحدود في باب من أبواب كتاب الرجم؟

أو يقال: لا يفرقان؛ لأنَّ حد المحارب على التخيير بين أربعة أشياء، فإذا تعذَّر واحدٌ معينٌ انتقل إلى غيره؛ لأنَّه لم يتعين إلَّا أن يقال: ذلك التخيير ليس على التشهي؛ بل بحسب المحاربين كما تراه، فقد يتعين القطع على مَنْ لا يطيقه لكن إنما يتم هذا لو كان تعيين بعض هذه العقوبات واجبًا، وإنما هو على الندب، ففي المسألة من النظر ما ترى، وقد نبهناك على أوائله.

وقد أكثر الناس الكلام في تفاريع هذا الفصل، فرأينا أن نقتصر منه على كلام اللخمي فهو أقرب للضبط والجمع.

قال رَحِمَهُ اللهُ: قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ...﴾ [المائدة:33] قيل: نزلت في كفار، وقيل: في ذميين نقضوا العهد، وقيل: في مرتدين، وقيل: في قطَّاع الطريق من المسلمين، وهو قول مالك وغيره من فقهاء الأمصار.

وهو أحسن؛ للإجماع على أن غيرهم ممن ذكر لا يُقْطَع ولا ينفى.

ثُمَّ قال بعد هذا الفصل: أحكام المحارب: إمَّا القطع من خلاف، أو القتل بلا صلب، أو معه، وإمَّا النفي؛ فقال مالك مرة: هو نفيه[1] عن بلده، وسجنه بالبلد الذي ينفى إليه حتى تعرف توبته، وقال عند ابن حبيب: هو أن / يضرب ويطال سجنه ببلده. [ز:677/ب]

وقال ابن الماجشون: هو طلبهم وفرارهم واختفاؤهم من طالبهم ليقدر عليهم؛ فيحدوا بالقطع، أو القتل، أو الصلب، فلم يجعله رابعًا، وذَكَره عن مالك وعن أبيه، والمغيرة، وابن دينار، وابن شهاب، وهذا في الرجل الحر البالغ العاقل.

فأمَّا المرأة؛ فحدها القطع أو القتل، ولا تصلب، ويختلف في نفيها؛ فعلى أنه السجن ببلده؛ تُسْجَن، أو تضرب ثُمَّ تسجن، وعلى أنه يخرج من بلده؛ يسقط، وهو على قول أشهب أبين؛ لقوله: الضرب مع النفي استحسانٌ، ورأى أن الأصل النفي إلى بلد آخر.

وأرى إن وَجَدَتْ وليًّا أو جماعة لا بأس بحالهم، وقالت: أُنْفَى إلى بلد أُسْجَن

---

(1) كلمتا (هو نفيه) يقابلهما في (ع2): (ونفيه).

فيه إلى ظهور توبتي؛ أن يكون ذلك لها؛ لأنَّه أهون عليها مِن غيره.

والعبد مثلها ويصلب، ويختلف في نفيه كما فيها.

وأرى إن قال سيده: أرضى أن ينفى، ولا يقطع كالحر؛ أن يكون ذلك له[1].

وأمَّا الصبي يحارب؛ فإن لم يحتلم، ولم ينبت؛ عوقب ولم يحد.

واختلف فيه مع الإنبات البيِّن، وأن لا يحد أحسن؛ لقوله ﷺ: «**ادْرَؤُوا الحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ**»[2]، والمجنون يعاقب، لينزجر.

ومرَّ في الكلام إلى تمام فصلين.

ثُمَّ قال: يقتل المحارب على [الوجه][3] المعتاد بسيفٍ أو رمح، لا على صفة تعذب ولا بحجارة، ولا نبل، ولا يُرمى[4] من موضع عال، وإن صلب فقائمًا لا مكنوسًا، وينبغي أن تطلق يداه؛ لأنَّ له فيه بعض راحة، وإن لم تطلق فلا بأس.

وظاهر القرآن أن الصلب حدٌّ بنفسه كالنفي، والمذهب أنه مع القتل، ولمالك في بعض المواضع كهذا الظاهر.

وقال أشهب: يقتل ثُمَّ يصلب، ولو صلب ثُمَّ قتل؛ جاز إن بلغه جرمه.

قال محمد: إن حبس ليصلب فمَات في الحبس، لم يصلب، ولو قتل فيه ورأى الإمام صلبه؛ جاز.

واختُلِفَ في بقائه مصلوبًا، فقال ابن الماجشون: لا ينزل حتى يفنى، وتأكله الكلاب، وقال أصبغ: لأهله إنزاله فيصلَّى عليه ويدفن.

وقال سحنون في كتاب ابنه: ينزل من ساعته للصلاة عليه ودفنه.

وقال أيضًا: إن رأى الإمام إبقاءه اليومين والثلاثة؛ لينزجر المفسدون، ولكن يعيده بعد غسله وكفنه والصلاة عليه.

والقطع في عضوين يد ورجل من خلاف؛ تقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى،

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (ب).

(2) تقدم تخريجه في باب الأقضية. انظر النص المحقق: 6/ 100.

(3) كلمة (الوجه) زائدة من تبصرة اللخمي.

(4) في (ب): (برمي).

فإن عاد ورأى قطعه؛ قطع الباقين، فإن كان أقطع اليد اليمنى أو الرِجل اليسرى، فقال ابن القاسم: تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى؛ ليكون من خلاف.

وقال أشهب في الأول: تُقْطَع الرِّجل التي كانت يبتدئ بها، وهي اليسرى ثُمَّ اليد اليسرى، وفي الثاني تقطع اليد اليمنى والرجل اليمنى، فيصير في السؤالين مقطوعًا من شيء واحد.

قال محمد: فإن لم تكن إلَّا يد واحدة أو رِجل واحدة؛ قطعت، فإن لم تكن إلَّا يدان؛ قطعت اليمنى [وحدها][1]، وعلى قوله: إن لم تكن إلَّا رجلان؛ قطعت اليسرى.

والقول بأن النفي لغير بلده هو المعروف من اللسان[2]، وأمَّا ضربه قبله؛ فاستحسانٌ كما قال أشهب؛ لأنَّه زيادة على النص ولا حدَّ له؛ بل بقدرِ جرمه، وما ينزجر به غيره، وكذا سجنه؛ بل يسجن، وإن طالت سنونه[3] حتى تُعْرَف توبته بما يتقرَّر في النفس مِنْ غالب أمره أنه رجع لا بمجرد الظاهر؛ لأنَّه بسجنه كالمكرَه على إظهار الخير؛ ليتخلص فلا يعجل إخراجه، ولو علمت توبته حقيقة قبل الطول لم يخرج؛ لأنَّ طول سجنه أحد الحدود الأربع، فإخراجه قبله كبعض الحد.

وأمَّا بُعْد موضع النفي، فقال ابن القاسم: نفى عمر بن عبد العزيز من مصر إلى **شغب**.

قال محمد[4]: وأمر أن يعقد في أعناقهم الحديد، ثُمَّ يبعثوا إلى **شغب**.

قال ابن القاسم عند محمد: **وأسوان** عندنا منفى ودونها -أيضًا- إذا حبس، وذكر أن عمر رضي الله عنه نفى إلى **البصرة** من **المدينة**، وإلى **فدك** و**خيبر**.

وقال أصبغ: يبعد عن موضع الذنب، ويقصى عن أهله.

قال اللخمي: ويضيق عليه أن لا يدخلوا إليه إلَّا في العيد- وفي بعض نسخ

---

(1) كلمة (وحدها) زائدة من تبصرة اللخمي.

(2) في (ز): (الناس).

(3) ما يقابل كلمة (سنونه) بياض في (ز).

(4) كلمتا (قال محمد) ساقطتان من (ز).

اللخمي: إلَّا في المرض- قال: وأرى إن نفي ثُمَّ عاد؛ أن يقطع، أو[1] يقتل، ولا ينفى، وإن قُطِعَ أولًا ثُمَّ عاد فإن كان بالأمر الضعيف ورجي في نفيه صلاحه؛ نُفِي، وإن كان متماديًا؛ قُطِعَ أو قتل، وإن قطع ثانيًا ثُمَّ عاد؛ قتل أو نفي، والنفي أَوْلى إذا ضَعُفَ فساده [وجرمه][2]؛ لقطع قوائمه الأربع، وكذا كل محارب رجي صلاحه في[3] غير القتل؛ رجاء أن يتوب / فيوافي على عمل صالح.اهـ[4]. [ز:678/أ]

وبِالقَتْلِ يَجِبُ قَتْلُهُ ولَوْ بِكَافِرٍ، أَوْ بِإِعانَةٍ، ولَوْ جاءَ تائِبًا، ولَيْسَ لِلْوَلِيِّ العَفْوُ

ما تقدَّم من أن القتل هو أحد ما يخيَّر فيه من عقوبة المحارب، وأنه لا يتعين وإنما ذلك إذا لم يصدر من المحارب قتل في حال حرابته، وأمَّا إن قَتَل وهو محارب، ولو مَنْ لا يكافئه كالكافر، أو أعان غيره ممن يحارب معه على قتل أحد؛ فإن قتله واجبٌ لا بدَّ منه، ولو جاء تائبًا قبل أن يقدر عليه، وليس لولي الدم أن يعفو عنه ولا يرتفع عنه[5] القتل بعفوه، وإلى هذا كله أشار بقوله: (**وبِالْقَتْلِ**...) إلى آخره.

وقوله: (**أَوْ بِإِعانَةٍ**) على هذا عطف على (**بِكافِرٍ**) فيدخل في الإغياء، وما شرحنا به هذا الكلام هو الذي يعطيه ظاهر لفظه لكنه ليس بصحيح؛ لأنَّ المحارب إذا جاء

---

(1) في (ز): (ثم).

(2) كلمة (وجرمه) زائدة من تبصرة اللخمي.

(3) في (ب): (مع).

(4) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **6131/11** وما بعدها وما تخلله من قوله في سبب نزول آية الحرابة فهو بنحوه في عيون المجالس، لعبد الوهاب: **2142/5** وما بعدها وقول الإمام مالك عن نفي المحارب فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **236/14** وقول الإمام مالك عند ابن حبيب وقول ابن الماجشون فهما بنحوهما في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **465/14** و**466** وقول أشهب فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **464/14** وقول ابن القاسم وأشهب وابن المواز وقول أصبغ وسحنون فهو بنحوه في النوادر والزيادات: **465/14** وما بعدها وقول محمد فهو بنحوه في النوادر والزيادات: **445/14** وقول ابن القاسم في النفي فهو بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **313/4** وقول محمد في النفي فهو بنحوه في النوادر والزيادات: **465/14**.

(5) عبارة (ولا يرتفع عنه) زائدة من (ب).

تائبًا، وقد قتل[1] في حرابته لا يتحتم قتله؛ بل الأمر فيه للولي[2] فإن عفا عنه؛ لم يقتل.

وظاهر إتيانه بـ(لَوْ) -أيضًا- في قوله[3]: (ولَوْ بِكافِرٍ)، و(لَوْ جاءَ تائِبًا) بناء على ما تقدَّم من الشرح[4] أنه نبَّه بذلك على خلاف في المسألتين، وأن هناك من يقول: لا يتحتم قتله بقتلِ الكافر، ولا بمجيئه تائبًا بعد قتله[5]، ولم أقف على خلاف مذهبي هكذا، وإنما الخِلاف هل يتحتم قتله إن قتل؟ أم لا؟ وهل يقتل المعين إن جاء تائبًا؟ أم لا؟ كما تراه.

فعلى هذا ينبغي أن يكون فاعل (جاءَ) ضمير المحارب المُعين على القتل لا القاتل؛ لتصح الإشارة بـ(لَوْ) الثانية إلى الخلاف على أن الخلاف إنما هو في معيَّن خاص كما تراه و(بِإعانَةٍ) على هذا المحمل عطف على (بِالقَتْل)؛ أي: ويتحتم قتله بالقتل، ولو بكافر، ويتحتم -أيضًا- بالإعانة على القتل، ولو جاء المعين تائبًا، وهذا -أيضًا- لا يصح؛ لأنَّ القاتل إذا جاء تائبًا لا يتحتم قتله فأحرى المعين إذا أتى تائبًا[6]؛ لأنَّ حال المعين أخف، ولأنَّه خلاف المنصوص فيه، ففي عبارته من الخلل ما ترى.

أمَّا تحتم قتله إن قتل؛ فقد تقدَّم من نص "الرسالة"[7] و"المدونة".

وأمَّا قتله ولو بكافر، فقال ابن الجلَّاب: ومن قتل في حرابته[8] عبدًا أو كافرًا؛ قُتِلَ به لتناهي فساده.اهـ[9].

وفي "المدونة": وحكم المحارب فيما أخذ من المال من قليل أو كثير سواء،

---

(1) كلمتا (وقد قتل) يقابلهما في (ع2): (وقتل).

(2) في (ز): (للوالي).

(3) عبارة (أيضًا في قوله) يقابلها في (ب): (في قوله أيضًا في قوله).

(4) في (ب): (الشراح).

(5) في (ز): (قوله).

(6) عبارة (إذا أتى تائبًا) ساقطة من (ب).

(7) انظر النص المحقق: 9/ 21.

(8) في (ع2):(حرابة).

(9) التفريع، لابن الجلاب (العلمية): 236/2.

وإن كان أقل من ربع دينار، وإن قطعوا على المسلمين أو على أهل الذمة فهو سواء، وقد قتل عثمان مسلمًا قتل ذميًّا على وجه الحرابة على مال كان معه.اهـ[1].

وأمَّا قتله بالإعانة على القتل وعدم تحتم قتل القاتل، والمُعِين إن تابوا لا كما اقتضاه كلام المصنف من تحتم قتلهما بعد التوبة، فقال في "المدونة": وإن كانوا جماعة فقتلوا رجلًا، ولي أحدهم قتله وباقيهم عون له، فأخذوا على تلك الحال؛ قتلوا كلهم.

وإن تابوا قبل أن يؤخذوا؛ دُفعوا إلى أولياء المقتول؛ فقتلوا من شاءوا وعفوا عمن شاءوا، وأخذوا الدية ممن شاءوا، وقد قتل عمر بن الخطاب رضي الله عنه ربيئة[2] كان ناظورًا للباقين.

وإذا ولي أحدهم أخذ المال وكان الباقون له قوة، ثُمَّ[3] اقتسموا، فتاب أحدهم ممن لم[4] يلِ أخذ المال؛ فإنه يضمن جميع المال، ما أخذ في سهمه وما أخذ أصحابه.اهـ[5].

وقال اللخمي: لمَّا ذكر الخلاف عن مالك في عقوبات المحارب هل هي على التخيير أو الترتيب[6]؟ وكل هذا ما لم يقتل، فإذا قتل؛ لم يكن فيه إلَّا القتل، ولم يختلف فيه قول مالك؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة:45]، وزاد: الفساد في الأرض بالحرابة، وجعله فيه أبو مصعب بالخيار قَتَل أم لا، أخذ المال أم لا، والذي أختاره أن يقتل من غير خيار؛ لأنَّ القتل بانفراده يبيح دمه والحرابة إن لم تزد حكمًا لم تحط منه.اهـ[7].

(1) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 300/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 314/4.

(2) عياض: الربيئة -بفتح الراء وكسر الباء بواحدة مهموز- الطليعة الذي يتجسس للمحاربين، وينظر لهم من الأماكن العالية وشبهها.اهـ. من التنبيهات المستنبطة (بتحقيقنا): 2717/5.

(3) حرف الجر (ثُمَّ) ساقط من (ز).

(4) كلمة (لم) ساقطة من (ز).

(5) المدونة (السعادة/صادر): 301/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 314/4.

(6) كلمتا (أو الترتيب) يقابلهما في (ب): (والترتيب).

(7) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6140/11.

قلتُ: الأَوْلَى كان أن[1] يقول: والحرابة تزيد حكمًا، على القطع لا على الشكِّ؛ لأنَّه إن كان الثابت من القسمين أنها لا تحط[2] منه لم يتعين القتل؛ لأنَّ من قتل على غير الحرابة والغيلة لا[3] يتعين قتله إلَّا أنه يقال: دعوى القطع بزيادة الحرابة في حكم القاتل قد لا يسلم؛ لعدم الدليل عليه سلمناه؛ لأنَّها مع القتل زيادة فساد فتناسب زيادة التقتيل[4]، لكن لا نسلم أن تلك الزيادة تعيين القتل؛ لاحتمال أن تكون بزيادة ضرب أو سجن مع العفو أو نحو ذلك، أو يقال: لما جاء القرآن في عقوبة المحارب بالتخيير من غير تفصيل بين القاتل وغيره وقف عنده.

ثُمَّ قال اللخمي: فإن تاب سَقَطَ حق الله / في الأربع، وأُخِذَ بحق الآدمي في المال [ز:678/ب] والنفس والجرح، ويكون لأولياء القتيل ما لهم في قتلِ غير الحرابة، ويقتلونه على صفةِ ما قتل، وإن كان عبدًا وعفو الجناية في رقبته.

ثُمَّ قال: واختُلِفَ إن تابوا وكانوا أخذوا[5] المال وقتلوا، هل يقتص ممن لم يقتل منهم، ويؤخذ المال ممن لم يأخذه؟

فقال ابن القاسم في "المدونة": يقتل كل من أعان؛ لقول عمر رضي الله عنه: "لَوْ تَمَالَأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ به"[6]، وكذلك قال مالك فيمن لم يأخذ مالًا إلَّا أنه كان قوة لأخذه: إن الغرم على جميعهم.

وقال أشهب في كتاب محمد: لا يقتل إلَّا القاتل وحده، أو معين، أو ممسك أمسكه له، وهو يعلم أنه يريد قتله، وأمَّا غيرهم؛ فيضرب كلٌّ مائة، ويحبس سنة، وأمَّا قول عمر رضي الله عنه فإنهم كانوا قتلوه غيلة.

وقال ابن الماجشون: إن كانوا لا يقوون على ذلك إلَّا بالتعاون وبالكثرة، فمَنْ

---

(1) كلمة (أن) ساقطة من (ب).

(2) في (ب) و(ع2): (تحطه) ولعل ما رجحناه أصوب.

(3) كلمة (لا) يقابلها في (ع2): (لم لا).

(4) في (ب) و(ع2): (التقليل).

(5) في (ز): (أخذ).

(6) تقدم تخريجه في باب الدماء. انظر النص المحقق: 7/ 72.

أخذ منهم؛ فعليه جميع ما ذهب، وإن كان يقوى عليه الواحد والاثنان؛ لزمه ما يلزمه مع جماعتهم.اهـ[1].

وفي "النوادر" عن كتاب ابن المواز وابن سحنون: من عظم فساده، وطال أمره، وأخذ المال ولم يقتل، قال مالك وابن القاسم: لا يختار الإمام فيه إلَّا القتل.

وقال أشهب: يخير في قتله، أو صلبه، أو قطعه من خلاف.اهـ[2].

فجعل مالك وابن القاسم طول الأمر كالقتل في تحتم القتل، وكان من حق المصنف أن ينبِّه عليه.

وأمَّا قول المصنف: (**وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ العَفْوُ**) فقد ظهر لك أن ذلك[3] فيمن ظفر به قبل التوبة، وقد قتل[4] في حرابته، وأمَّا من جاء تائبًا، وقد قتل؛ فللولي العفو عنه.

قال في "المدونة" في الأول: وإن أخذهم الإمام وقد قتلوا وجرحوا[5] وأخذوا الأموال، فعفا عنهم أولياء القتلى وأهل الجراح والأموال؛ لم يجز العفو هاهنا لأحدٍ ولا للإمام، ولا يصلح لأحدٍ أن يشفع فيه؛ لأنَّه حق لله تعالى بلغ الإمام.اهـ[6].

وتقدَّم نصُّها بجواز العفو في التائب[7]، وقال فيه -أيضًا- متصلًا بقوله هنا: (بلغ الإمام): وإن تابوا قبل أن يقدر عليهم، وقد قتلوا ذميًّا؛ فعليهم ديته لأوليائه؛ إذْ لا يُقْتَل مسلمٌ بذمي، وإن كان أهل ذمة أُقِيدَ منهم له؛ لأنَّ النصراني يُقْتَل بالنصراني.اهـ[8].

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6147/11 وما بعدها، وما تخلله من قول المدونة فهو بنحوه في المدونة (السعادة/صادر): 301/6 وقول أشهب فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 483/14 ووقول ابن الماجشون فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 360/10.

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 462/14.

(3) كلمتا (أن ذلك) يقابلهما في (ز): (إنما هو).

(4) كلمتا (وقد قتل) ساقطتان من (ب).

(5) كلمة (وجرحوا) يقابلها في (ز): (أو جرحوا).

(6) المدونة (السعادة/صادر): 301/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 315/4.

(7) في (ز): (الغائب).

(8) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 301/6 و302 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 315/4.

وقوله: (أقيد منهم) يعني: إلَّا أن يعفو الولي؛ لأنَّ كلامَه في التائب.

ونُدِبَ لِذِي التَّدْبِيرِ القَتْلُ، والبَطْشِ القَطْعُ، ولِغَيْرِهِما ولمَنْ وَقَعَتْ مِنْهُ فَلْتَةً النَّفْيُ والضَّرْبُ، والتَّعْيِينُ لِلإمام لا لِمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ ونَحْوُها

وتقدَّم أن عقوبات المحارب الأربع هي على التخيير بينها على المشهور لا على الترتيب، والمخيِّر فيها هو الإمام لا المجني عليه بجناية ولا غيره؛ إلَّا أن هذا التخيير الثابت للإمامِ ليس هو على التشهير يحكم بما شاء منها؛ بل اختياره لما يختار منها إنما هو بحسب المصلحة باجتهاده في ذلك؛ فلذا قال المصنف: (نُدِبَ)؛ أي: المحارب الذي له رأي وتدبير، ندب له القتل من العقوبات الأربع يحكم عليه الإمام[1] بذلك المندوب في حقِّه؛ لأنَّ مفسدته لا تندفع[2] بغير القتل، وهذا الندب في الحقيقة إنما هو للإمام، لكن لمَّا كان محله المحارب أضيف إليه؛ لأنَّ الإضافة بأدنى ملابسة، وندب للمحارب ذي البطش -أي: القوة[3]- القطع؛ لأنَّ قوته تَضْعُف بذلك.

قال الجوهري: البَطْشَة: السَطوةُ والأخْذُ بالعنف.اهـ[4].

و(البَطْشِ) مخفوض، عطف على (التَّدْبِيرِ)، و(القَطْعُ) مرفوع عطف على (القَتْلُ)، وهو من العطف على معمولي عاملين، وقد وجد شرطه، ولا يجيزه غير الأخفش، وكذا إعراب قوله: (ولِغَيْرِهِما).

(النَّفْيُ) ومعناه: نُدِبَ لغير ذي التدبير وذي البطش من المحاربين، ولمَنْ وَقَعَت منه الحرابة.

(فَلْتَةً)؛ أي: أُخِذَ بحضرة الخروج، ولم يكن ذلك دأبه[5] النفي والضرب؛ لأنَّ أمر هذين خفيف ومفسدتهما قليلة، فينبغي أن يقتصِرَ فيهما على أخف العقوبات،

---

(1) كلمتا (عليه الإمام) يقابلهما في (ب): (عليه بذلك الإمام).

(2) في (ب) و(ع2): (تدفع).

(3) كلمتا (أي القوة) ساقطتان من (ع2).

(4) الصحاح، للجوهري: 3/ 996.

(5) في (ب): (عليه).

وهو ما ذكر.

قال الجوهري: يقال: كان ذلك الأمر فلتة؛ أي: فَجْأة، إذا لم يكن عن تدبُّر ولا تردُّد.اهـ[1].

والأخذ بأخف الحدود فيمن لا رأي له ولا بطش، وأمَّا الأخذ به في الذي أُخِذَ بحضرة الخروج ففيه نظر؛ لاحتمال أن يكون ذا رأي وبطش فيعود إلى الحرابة؛ إذْ لا يُؤْمَن ذلك منه، وقَدَ وقع عليه اسم / المحارب فيُنْدَب القتل في حقِّه كغيرِه من ذوي [ز:679/أ] الرأي والبطش؛ إذْ علة القتل فيهما واحدة من[2] أن الندب إلى الضرب والنفي في حق من أخذ بحضرة الخروج منصوص في "المدونة" وغيره، والندب إلى ذلك في حق المتمادي الذي لا رأي له ولا بطش ما أذكره[3] الآن إلَّا ما قدَّمنا من كلام اللخمي في آخر كلامنا على قول المصنف: (**فَيُقَاتَلُ بَعْدَ الْمُنَاشَدَةِ**) الفصل، وليس فيه إلَّا ندب غير القتل لمن رجي صلاحه به[4].

وأمَّا ما ذكر في أول هذا الفصل عن مالك فهو فيمن أخذ بحضرة الخروج؛ نعم حكي في "النوادر" عن كتاب ابن المواز ما ظاهره وجود هذا القسم.

وقال ابن القاسم عن مالك: وأمَّا من لم يخف السبيل ولم تطل إقامته، ولم يشتهر ولا أخذ مالًا، ولا أخذ بحضرة ما خرج؛ فأحب إليَّ أن يجلد ويُنْفى حتى تظهر توبته، ولا حَدَّ لجلدِه إلَّا الاجتهاد.

قال أشهب في هذا: وإن رأى الإمام قتله أو قطعه؛ فَعَل.اهـ[5].

ورأيت في نسخة من هذا الكتاب (**ولِغَيْرِهِما لِمَنْ**) بلا واو داخلة على (**لِمَنْ**)، ويكون (**لِمَنْ**) بدلًا من (**لِغَيْرِهِما**)، وهو أوفق للنصوص كما ترى، ولفظ ابن الحاجب هو النسخة الأولى.

---

(1) الصحاح، للجوهري: **260/1**.

(2) في (ز): (في).

(3) عبارة (ولا بطش ما أذكره) يقابلها في (ز): (وللبطش ما ذكره).

(4) كلمة (به) زائدة من (ز).

(5) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **463/14**.

وقال ابن عبد السلام: فإن قلتَ: دخل (لِمَنْ وَقَعَتْ) في عموم (لِغَيْرِهِمَا) فكيف ذكر معه وأعاد عليهما الضمير في قوله: (يَضْرِبُهُمَا)، وهل هذا إلَّا منافٍ للاختصار؟

قلتُ: ليس بداخل؛ لأنَّ الثاني هو[1] من لم يتبين أله بطش وتدبير؟ أو لا؟ لأنَّه لم يجر منه إلَّا فلتة، ومراده بـ(غيرهما) من كثر خروجه، ولم يظهر منه بطش ولا تدبير، أو ظهر ولكن[2] خفف عنه؛ لقلة ما أفسد، وهي الفلتة.اهـ[3].

قلتُ: وفي هذا الكلام نظر، فإن البطش والتدبير يدركان ممن اتصف بهما، وإن لم تكن[4] منه الحرابة؛ بل وإن لم يحارب، وظاهر كلامه أنهما إنما يدركان[5] بكثرة وقوع الحرابة، ولستُ على يقين من صحة النسخة التي نقلت منها كلامه، وإن صحت ففي كلامه نظر آخر[6] لا يخفى.

أمَّا تصحيح ما ذكر في هذا الفصل؛ فقال في "المقدمات": وليس معنى قول مالك ومن قال بقوله: (إن تخيير الإمام في عقوبة المحارب) أنه يفعل فيه بالهوى، ولكن معناه أنه يتخير من العقوبات التي جعلها الله جزاءه ما يرى أنه أقرب إلى الله، وأَوْلَى بالصواب بالاجتهاد، فكم من محارب لم يقتل، وهو أضر على المسلمين ممن قتل في تدبيره[7] وتأليبه على قطع[8] طرق المسلمين.

فإن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد في ذلك قتله أو صلبه؛ لأنَّ القطع[9] لا يرفع ضرره عن المسلمين وإن كان ممن لا رأي له، ولا تدبير، وإنما يخيف ويقطع السبيل بذاته وقوة جسمه؛ قطعه من خلاف ولم يقتله؛ لأنَّ ذلك يقطع

---

(1) في (ب): (قد).

(2) كلمة (ولكن) يقابلها في (ع2) و(ز): (أو لكن) وما رجحناه موافق لما في شرح ابن عبد السلام.

(3) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 16/17.

(4) في (ع2): (تكثر).

(5) في (ز): (كان).

(6) كلمة (آخر) ساقطة من (ب).

(7) في (ز): (تدبره).

(8) كلمة (قطع) ساقطة من (ز).

(9) في (ب): (القتل).

ضرره عن المسلمين، وإن لم يكن على هذه الصفة وأخذ بحضرة خروجه؛ أخذ فيه بأيسر ذلك، وهو الضرب والنفي.

وأمَّا إن قتل؛ فلا بدَّ من قتلِه، ولا تخيير للإمام في قطعه ولا في نفيه، وإنما له التخيير في قتله أو صلبه.

وأمَّا إن أَخَذَ المال ولم يقتل؛ فلا تخيير للإمام في نفيه؛ بل في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف.

هذا تحصيل مذهب مالك رَحِمَهُ اللَّهُ وفي بعض روايات "المدونة": إن نصب نصبًا شديدًا، أو علا أمره وطال زمانه؛ فإنَّ الإمام يقتله ولا خيار له فيه.

معناه: لا ينبغي [للإمام] أن يأخذ[1] في مثله إلَّا بالقتل بالاجتهاد فلا يخالف أصله.اهـ[2].

وقد تقدَّم نص "المدونة" في الإشارة إلى أحوال المحاربين، وفي الذي وقعت منه فلتة، وذلك قوله: وليس على المحاربين... إلى قوله: الضرب والنفي[3].

وفي "النوادر" -ونقله غير واحدٍ أيضًا- أن أشهب يقول: يخير الإمام فيمن أخذ بحضرة الخروج، ولم يقع منه إخافة ولا غيرها كما يخير في غيره[4].

وقال اللخمي: والذي أختاره فيمن أخذ بالحضرة قبل أن يظهر أمره، وقبل أن يأخذ مالًا؛ أن يضرب ويسجن بلا نفي؛ لأنَّه لم يدخل بذلك في المحاربين بعد.

وقد[5] تقدَّم ما اختاره في القاتل.

ثُمَّ قال: فإن كان قد أخاف ولم يأخذ مالًا، أو أخذ المالَ ولم يخف، أو جمع الأمرين؛ فليقم الإمام عليه أي الأربعة شاء[6]، ....

(1) ما يقابل كلمتي (أن يأخذ) بياض في (ز).

(2) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 230/3 و231.

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 313/4.

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 463/14.

(5) كلمة (وقد) ساقطة من (ز).

(6) ما يقابل كلمة (شاء) بياض في (ز).

وإن اختلفت[1] أحوال الفاعلين من الجرأة وغيرها فإن[2] إنزال كل واحد منزلته على قدر حاله من باب أَوْلى، وليس بمتعدٍ متى خالف / ذلك.اهـ[3]. [ز:679/ب]

وقوله: (والتَّعْيِينُ...) إلى آخره؛ أي: وتعيين ما يتعين في حق المحارب من العقوبات الأربع إنما هو للإمام لا لمن جنى[4] عليه المحارب من المسلوبين قطع[5] يده أو رجله، أو فقأ عينه، أو نحو ذلك من إذهاب عضو، فإذا قطع يد رجل -مثلًا- وأراد الإمام ضربه ونفيه؛ لم يكن للمجني عليه أن يقول للإمام: اقطعه[6]؛ ليحصل لي القصاص من يدي؛ لأنَّ حدَّ الحرابة عوض عن كل ما جناه المحارب من قطعٍ أو غيرِه.

قال ابن عبد السلام: إلَّا أنه ينبغي على أصل المذهب أن يقطع إذا[7] قَطَع، كما يقتل إن[8] قَتَل.اهـ[9].

وضمير (نَحْوُها) راجعٌ إلى اليد المقطوعة، ويحتمل أن يرجع إلى قطع اليد الذي تضمَّنه (قُطِعَتْ)، وأنث على معنى الجنايات[10]؛ أي: ونحو هذه الجناية من الجنايات، ولا ينبغي أن يفسر النحو في هذا المقام إلَّا بقطع الرجل.

وأمَّا من ذكر هنا فقء العين مع قطع اليد فلا معنى له؛ إذْ ليس[11] فقء العين من عقوبات المحارب حتى ينفي التعيين فيه من غير الإمام، إلَّا أن المعنى فيه عند من

---

(1) في (ب): (اختلف).

(2) ما يقابل كلمتي (وغيرها فإن) بياض في (ز).

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6140/11.

(4) في (ز): (خير).

(5) في (ز): (فقطع).

(6) في (ب): (قطعه).

(7) في (ع2): (كما).

(8) كلمتا (كما يقتل إن) يقابلهما في (ع2): (يقتل إذا).

(9) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 15/17.

(10) في (ز): (الجناية).

(11) كلمة (ليس) ساقطة من (ب).

ذكره كمعنى الاستثناء المنقطع؛ أي أن المحارب إذا أقيم عليه حد الحرابة لا يقتص منه في الجراح والأطراف إن جنى بذلك على أحد، ثُمَّ ما ذكر[1] المصنف وابن الحاجب من نفي التعيين عمَّن قطعت يده صحيح، والله أعلم، ولا أذكره الآن لغيرهما.

وأمَّا ما ذكر من أن التعيين للإمام، وأن ذلك موكولٌ إلى اجتهاده؛ فقد تقدَّم من نصِّ "الرسالة"[2]، و"الجلَّاب"[3]، و"المدونة"[4]، وغيرها[5]، وهو في "التلقين" أيضًا.

وغَرِمَ كُلٌّ عَنِ الجَمِيعِ مُطْلَقًا، واتُّبِعَ كَالسّارِقِ، ودُفِعَ ما بِأَيْدِيهِمْ لِمَنْ طَلَبَهُ بَعْدَ الاسْتِيناءِ واليَمِينِ، أَوْ بِشَهادَةِ رَجُلَيْنِ مِنَ الرُّفْقَةِ لا لأَنْفُسِهِما

يعني أن المحاربين إذا أخذوا مالًا ثُمَّ ظفر بواحدٍ منهم؛ فإنه يغرم ما أخذ هو وما أَخذ أصحابه، ومعنى قوله: (**مُطْلَقًا**)؛ أي: سواء ظفر به قبل التوبة أو بعدها، ولا[6] يدخل في هذا الإطلاق كونه موسرًا أو معسرًا؛ لقوله: (**واتُّبِعَ كالسّارِقِ**)، وما فسرنا به الإطلاق هو الذي صرَّح به ابن الحاجب[7].

وقد يقال: يفهم ذلك من كلام المصنف أيضًا؛ لقوله بعد: (**وسَقَطَ حَدُّهَا...**) إلى آخره، فلمَّا نصَّ على أن الحد يسقط بالتوبة، وهي المراد (**بِإِتْيانِ الإِمامِ طائِعًا**) علم أن قوله: (**مُطْلَقًا**) معناه: تائبًا أو غير تائب، لكن إنما يتم حسن هذا لو قدم حكم سقوط الحد بالتوبة، ولا يخلو لفظ المصنف من قلق؛ لإيهامه أن كلَّ واحدٍ من المحاربين يغرم عن نفسه وعن غيره، فتكرر الغرامة عن الجميع من كل واحد، وليس

---

(1) في (ع2): (ذكره).

(2) انظر النص المحقق: 9/ 21.

(3) انظر النص المحقق: 9/ 22.

(4) انظر النص المحقق: 9/ 11.

(5) في (ز): (وغيرهما).

(6) في (ب) و(ع2): (ولم).

(7) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 2/780.

ذلك هو المقصود، وإنما المقصود إن وجد جميعهم؛ غرم كلٌّ ما أخذ وإن لم يؤخذ جميعهم؛ بل بعضهم فإنه يغرم ما أخذ غيره.

وأمَّا قوله: (واتُّبِعَ كالسَّارِقِ) فمعناه أن حكم المحارب في اتباعه بما[1] أخذ من المال حكم السارق في اتباعه بما سرق، فإن لم يقم على المحارب الحد لمجيئه[2] تائبًا قبل القدرة عليه؛ اتبع بما أخذ من المال؛ موسرًا كان أو معسرًا.

وإن أقيم عليه الحد فشرط اتباعه أن يكون موسرًا من يوم أخذ المال بالحرابة إلى يوم القطع، هذا هو الذي يعطيه التشبيه كما قدم[3] في ردِّ السارق المال.

وقوله: (ودُفِعَ...) إلى آخره؛ أي: وما وجد بأيدي المحاربين من الأموال؛ فإنه يدفع لمن طلبه من الناس، وهو الذي يدَّعي أنه له، لكن لا يدفع له إلَّا (بَعْدَ الاسْتِيناءِ) وهو الانتظار لاستبراء صحة تلك الدعوى؛ لاحتمال أن يأتي[4] من يأتي على دعواه[5] إياه ببينة فيدفع له، فإن لم يدَّعِه أحد بعد الاستيناء غير المدعي الأول؛ فإنه يدفع إليه بعد يمينه أنه له، ولفظ: (اليَمِينِ) مخفوضٌ بالعطف على (الاسْتِيناءِ).

وكذا يأخذه المدعي[6] إن شهد[7] له اثنان من الرفقة التي سلب فيها، ولكن بشرط أن يشهد به لغيرهما لا لأنفسهما، وفي التحقيق لا يحتاج إلى هذا الشرط؛ إذْ لو شهدا لأنفسهما لم يكن منهما إلا مجرد الدعوى، وهي المسألة الأولى فلو اقتصر على قوله: (مِنَ الرُّفْقَةِ) لكفى؛ لكنه[8] أراد موافقة المنصوص.

أمَّا غرم الواحد عن الجميع؛ فقال في "الرسالة": وكل واحد من اللصوص ضامن / لجميع ما سلبوه من الأموال.اهـ[9]. [ز:680/أ]

(1) في (ع2): (ما).

(2) في (ب) و(ع2): (بمجيئه).

(3) في (ب): (تقدم).

(4) في (ز): (يتأتى).

(5) في (ز): (دعوته).

(6) كلمة (المدعي) يقابلها في (ب): (المدعي له).

(7) كلمتا (إن شهد) ساقطتان من (ز).

(8) في (ب): (لأنه).

(9) الرسالة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا)، ص: 76.

وقد تقدَّم نص "المدونة" في أخذ الواحد[1] عن الجميع بالمال مع التوبة عند[2] قوله: (أَوْ بِإِعانَةٍ)، وقال فيه: مع التوبة ومع عدمها[3].

وفي أن اتباعه كالسارق: وإذا أخذوا المال ثُمَّ تابوا وهم عدماء[4]؛ فذلك عليهم دين، وإن أُخِذُوا قبل أن يتوبوا فأقيم عليهم الحد، قطعوا أو قتلوا ولهم أموال؛ أخذت أموال الناس[5] من أموالهم، وإن لم يكن لهم يومئذٍ مال؛ لم يتبعوا بشيءٍ مما أخذوا؛ كالسرقة.اهـ[6].

وقال ابن يونس بعد قوله: (أُخِذت أموال الناس[7] من أموالهم)[8]: يريد: ويسرهم متصل من يوم أخذوه.اهـ[9].

وقال الباجي: إن تاب غرم عن الجميع.

وقال محمد بن عبد الحكم: لا نرى على كل واحدٍ إلَّا ما أخذ[10].

وقال اللخمي: إن تاب؛ غرم ما أخذه[11] من مال[12]، وإن لم يتب وحد؛ لم يتبع إن كان معسرًا كالسارق إذا قطع وهو معسر.

قال محمد: إن قطع أو نفي؛ لم يتبع، وليس ببيِّنٍ مع النفي.

وأرى أن يتبع قياسًا على الزاني يغتصب امرأة؛ فإنه يضرب ويغرم

---

(1) كلمة (الواحد) ساقط من (ع2).

(2) في (ز): (بعد).

(3) انظر النص المحقق: 7/ 177.

(4) في (ز): (غرماء).

(5) كلمتا (أموال الناس) يقابلهما في (ع2): (أموالهم).

(6) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 301/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا):315/4.

(7) كلمة (الناس) زائدة من (ز).

(8) عبارة (وإن لم يكن لهم... أموالهم) ساقطة من (ب).

(9) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا):327/11.

(10) انظر: المنتقى، للباجي: 213/9 وما تخلله من قول ابن عبد الحكم فهو بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 484/14.

(11) في (ز): (أخذ).

(12) في (ز): (المال).

الصداق.اهـ[1].

وقال بعضهم: قول اللخمي هذا ينحو إلى قول ابن شعبان[2].

وأمَّا (دُفِعَ ما بِأَيْدِيهِمْ...) إلى آخر ما ذكر؛ فقال في "المدونة": وتجوز على المحاربين شهادة من حاربوه إن كانوا عدولًا؛ إذْ لا سبيل إلى غير ذلك؛ شهدوا بقتل أو بأخذ مال أو بغيره.

ولا تقبل شهادة أحد منهم في نفسه، وتقبل شهادة بعضهم لبعض.

والمحاربون إذا أُخِذُوا ومعهم أموال، فادَّعاها قومٌ لا بينة لهم؛ فلتدفع إليهم بعد[3] الاستيناء في[4] استبراء ذلك من غير طول، فإن لم يأتِ من يدعيها بشيء؛ دفعت إليهم بعد أيمانهم بغير حميل، ولكن[5] يضمنهم الإمام إياها إن جاء لذلك طالب ويشهد عليهم.اهـ[6].

زاد ابن يونس: قال بعض أصحابنا: يضمنونها وإن ذهبت عندهم بأمرٍ من الله، وأمَّا إن أخذ المتاع ببينة -يريد: أو بشاهد ويمين- ثُمَّ ثبت ما هو أقطع من ذلك، وقد هلك بأمرٍ من الله؛ فإنه لا يضمن شيئًا.اهـ[7].

وقال اللخمي: إن اعترف بالحرابة[8] وبان ما بيده من المتاع لأهل الرفقة؛ انتزع منه، ومن ادعى من المسلوبين شيئًا وسلمه له أصحابه؛ أخذه، وإن تنازع اثنان شيئًا

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6147/11 وما تخلله من قول محمد فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 481/14.

(2) قوله: (قول اللخمي هذا ينحو إلى قول ابن شعبان) بنصِّه في التقييد، للزرويلي (بتحقيقنا): 486/19.

(3) كلمتا (إليهم بعد) يقابلهما في (ب): (لهم في).

(4) كلمتا (الاستيناء في) يقابلهما في (ب) و(ع2): (الاستيناء لا في) وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) في (ز): (لكن).

(6) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا):316/4 و317.

(7) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا):328/11.

(8) كلمة (بالحرابة) زائدة من (ز).

فتحالفا أو تناكلا؛ اقتسماه، وإن حلف أحدهما؛ فله، وما لم يدعه أحد؛ وقف حتى ينظر لمن هو، وإن تنازع أحد[1] من الرفقة شيئًا مع آخرين غيرها؛ كان لمن هو من أهل الرفقة ويحلف إن أتى الآخر بشبهة، وإن افترق أهل المتاع ثُمَّ أتى من ادَّعى منه شيئًا؛ قال مالك: أرى أن يقبل، ولا يعجل بدفعه إليه، ويستأني قليلًا من غير طول، فإن لم يدعه سواه؛ أخذه بيمين ويضمنه -يريد: لمن يثبته ببينة- وإنما يدفع لمدعيه بلا بينة إذا وصفه كاللقطة.

وقال مالك: بحميل.

وقال سحنون في كتاب ابنه: بحميل.

فإن أتى غيره بعد ذلك؛ أخذ الحميل ويجتهد الإمام في برهان ذلك، وفي "مختصر الوقار": وإن كان بلديًا.

قال اللخمي: إن ادَّعاه رجلان وتحالفا؛ فلهما، ومن نكل؛ فللحالف.

قال محمد: فإن نكلا؛ فلا شيء لهما.

قال اللخمي: نكولهما هنا يخالف ما إذا[2] لم يفترق أهل الرفقة؛ لأنَّ المتاع لم يخرج عنهم ولا يصدق غيرهم فيه فيقسم بينهما، ومع الافتراق وعدم[3] العلم بأهلها لا يدفع إلى الناكلين؛ لإمكان أن يكون لغيرهما.

قال محمد عن أشهب: وذلك إذا لم يكن غريبًا وأحب أن يأخذ منه حميلًا كان ذلك له، وإن كان غريبًا؛ ضمنه، وأشهد عليه، ولم يأخذ منه حميلًا، وهذا إذا أقرَّ اللصوص أن المتاع من الحرابة، وأمَّا إن قالوا: هو لنا؛ فلهم، وإن كان كثيرًا لا يملكون مثله إلَّا أن يأتي مدعيه ببينة، وإن أقروا بالحرابة، وادَّعوا المتاع أو بعضه

---

(1) جاء في ختام هذا السفر من نسخة (ب) بخط ناسخها ما نصه: (هذا آخر هذا السفر المبارك تم ونجز بحمد الله تعالى على يد العبد الجاني على نفسه المقرع لباب مولاه؛ ليتجاوز عنه في خطاياه علي بن محمد بن يعقوب التاملي، وتمامه في السابع عشر من ذي الحجة عام ألف سنة)، وبعدها لوحتان فارغتان، وبعدها كتب: (بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم).

(2) كلمة (إذا) ساقطة من (ع2).

(3) كلمة (وعدم) يقابلها في (ز): (أو عدم).

جازت شهادة أهل الرفقة عليهم.

قال مالك في "المدونة": يقبلون عليهم إن كانوا عدولًا في القتل والمال وغيرهما لا لنفسه ولا لابنه في المال، وقبلت في القتل؛ لأنَّه من حدود الله فإن شهد مع غيره أنه قتل ابنه أو أباه؛ قُبِلَ؛ لأنَّه يقتل بالحرابة لا بالقصاص ولا عفو فيه، ولا يقبل في ذلك بعد التوبة؛ لأنَّ الحق له، / وتقبل للأجنبي قبل التوبة وبعدها؛ إذْ لا يتهم بعضهم لبعض؛ لأنَّ المحاربين إن أنكروا الحرابة أزالوا الظنة، وإن أقروا[1] فقد صدقوهم فيها. [ز:680/ب]

قال اللخمي: إن صدقوهم فيها وادعوا المتاع؛ لم يقبلوا؛ لأنَّها شهادة على عدو، وقال سحنون في كتاب ابنه: يقبل بعضهم لبعض؛ لأنهم إنما يقطعون[2] في المفاوز لا لأنفسهم، فلو قالوا كلهم: قتل منا كذا وسلب كذا، فالأحمال لفلان، والثياب لفلان؛ جازت ويوجب ذلك المحاربة والقتل، وذكره عن مالك وابن القاسم وأشهب.اهـ[3].

وهو مختصر من "النوادر"[4].

ولَوْ شَهِدَ اثْنانِ أَنَّهُ المُشْتَهِرُ بِها ثَبَتَتْ، وإِنْ لَمْ يُعايِناها

يعني أن المحارب إذا اشتهر بالحرابة وتسامع الناس[5] به، ثُمَّ أُخِذَ وشهد اثنان على عينه أنه هو[6] فلان المشتهر بالحرابة؛ فإن الحرابة تثبت عليه، وإن لم يعايناه يحارب، ففاعل (**ثَبَتَتْ**)، والمجرور بالباء والمنصوب بـ(**يُعايِناها**) كلها تعود على

(1) في (ب): (أنكروا).

(2) في (ب): (يفعلون).

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6151/11 وما بعدها وما تخلله من قول الإمام مالك وسحنون وقول محمد وأشهب فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 488/14 و489 وما تخلله من قول المدونة فهو بنحوه في المدونة (السعادة/صادر): 303/6.

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 487/14.

(5) كلمة (الناس) ساقطة من (ز).

(6) ضمير الغائب (هو) ساقط من (ب).

الحرابة.

قال في "النوادر" عن كتاب ابن سحنون -ونقله أيضًا اللخمي[1]-: وإذا حبس الإمام المحاربين بشهادة واحد، وشهد عليهم قوم غير عدول، ومنهم من اشتهر اسمه بالفساد ولا يعرف، فإذا رآه من كان يراه عرفه[2]؛ أخرج ووقف حيث يراه الغرباء والمسافرون[3]، ويستقصي إشهاره حيث يرجى أن يعرف من مشهد أو مسجد أو سوق، فلعل من يشهد على عينه فتتم الشهادة عليه، وليس عليه أن يخرجه كل يوم، ولكن المرة بعد المرة.

وإذا بلغ من شهرة المحارب مثل أبي الوليد أو سليمان فأخذ، فأتى مَنْ يشهد أن هذا أبو الوليد أو سليمان، وقالوا: لم نشاهد قطعه للطريق، أو قتله للناس وأخذ أموالهم؛ إلَّا أنا نعرفه بعينه، وقد استفاض عندنا، واشتهر قطعه للطريق وما شهر به[4] من القتل، وأخذ الأموال والفساد؛ فإن الإمام يقتله بهذه الشهادة، وهذا أكثر من شاهدين على العيان أرأيت زقوطًا أيحتاج من يشهد أنه عاينه يقطع ويقتل.اهـ[5].

وسَقَطَ حَدُّها بِإتْيانِ الإمام طائِعًا أَوْ تَرْكِ ما هُوَ عَلَيْهِ

يعني أن حد الحرابة يسقط عن المحارب بتوبتهِ مما كان عليه من الحرابة، وتعرف تلك التوبة بإتيانه إلى الإمام طائعًا غير مضطر إلى ذلك الإتيان، أو بترك ما هو عليه من الحرابة ولزوم موضعه للعبادة والخير، ولا يسقط عن المحارب بالتوبة إلَّا[6] الحد، وما أشبهه من حقوق الله التي تترتب على الحرابة، وأمَّا حقوق الآدميين فإنها لا تسقط بها كما تقدَّم، وكذا حقوق الله التي ترتَّبت من غير الحرابة كالزنا والسرقة لا تسقط عنه.

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6151/11 و6152.
(2) كلمة (عرفه) ساقطة من (ع2).
(3) كلمة (والمسافرون) يقابلها في (ب): (أو المسافرون).
(4) كلمة (به) ساقطة من (ب).
(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 487/14.
(6) في (ع2): (له).

قال في "الرسالة": فإن لم يقدر عليه حتى جاء تائبًا؛ وضع عنه كل حق هو لله من ذلك، وأُخِذَ بحقوق الناس في مال أو دم.اهـ[1].

وقال في "المدونة": وإذا أتى المحاربُ تائبًا قبل أن يقدر عليه[2]؛ سقط عنه ما يجب لله تعالى من حدِّ الحرابة، وثبت ما للناس عليه من نفس أو جرح[3] أو مال، ثُمَّ للأولياء القتل أو العفو[4] فيمن قتل، وكذلك المجروح في القصاص.اهـ[5].

فقول "الرسالة": (من ذلك) وقول "المدونة": (من حدِّ الحرابة)؛ يدلان على أنه لا يسقط بها من حقوق الله إلَّا ما كانت سببًا فيه.

وأمَّا ما ذكر من وجه معرفة التوبة، فقال اللخمي: توبته قبل القدرة عليه تسقط حكم الحرابة؛ لقوله ﷻ: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ...﴾ [المائدة:34] فإذا ظهرت توبته[6] بترك ما كان عليه؛ سقط عنه حكم الحرابة.

قيل لمحمد: وكيف تعرف توبة المحارب المسلم؟

قال: الذي هو أحب إلى مالك بإتيانه إلى السلطان، وإن هو أظهر توبته عند جيرانه، واختلافه إلى المساجد حتى يعرف ذلك منه فجائز.

وقال ابن الماجشون: إن لم يكن إلَّا إتيانه السلطان، وقوله: (جئت تائبًا)؛ لم ينفعه؛ لقوله سبحانه: ﴿مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة:34].اهـ[7].

وفي "المقدمات": اختلف في معنى قوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ﴾... إلى قوله: ﴿غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة:34] انتهى في أربعة مواضع: في قبول توبة المحارب المسلم أو الذمي، وفي صفة المحارب / الذي تقبل توبته، وفي صفة التوبة التي تقبل منه، وفيما [ز:681/أ]

(1) الرسالة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا)، ص: 76.

(2) في (ب): (عنه).

(3) في (ز): (جراح).

(4) كلمتا (أو العفو) يقابلهما في (ز): (والعفو).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 314/4.

(6) كلمة (توبته) ساقطة من (ز).

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6145/11 وما تخلله من قول محمد وابن الماجشون فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 484/14.

تسقطه توبته.

أمَّا الأول، فقال الحسن: لا تقبل ولا تسقط حقًا ولا حكمًا، وقد بينا ضعفه.

وقال الجمهور: تقبل، ثُمَّ اختلف هؤلاء في صفة من تقبل منه، وقيل: لا تقبل إلَّا ممن خرج في حرابته من دار الإسلام لدار الحرب.

وقيل: إلَّا ممن لحق بدار الحرب، أو كانت له فئة ببلد الإسلام.

وقيل: تقبل على كل حال.

واختلفوا[1] في صفة توبته التي تقبل فمذهب ابن القاسم إمَّا[2] بترك ما هو عليه وإن لم يأتِ الإمام، وإمَّا بإلقاء سلاحه، وإتيان الإمام طائعًا.

وقال ابن الماجشون: يترك ما[3] هو عليه ويجلس في موضعه ويظهر لجيرانه الخير، وأمَّا إن ألقى سلاحه وأتى الإمام طائعًا؛ فإنه يحده[4] إلَّا أن يترك قبل أن يأتيه ما هو عليه، ويجلس في موضعه حتى لو علم الإمام حاله لم يحده.

وقيل: يجيء[5] [إلى][6] الإمام وإن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكمًا من الأحكام إن أُخِذَ قبل أن يأتيه.

واختلف فيما تسقط[7] توبته:

- فقيل: لا تسقط إلَّا حد الحرابة، ويؤخذ بما سواها من حقٍّ الله أو للناس.
- وقيل: تسقط حدها وجميع حقوق الله من الزنا والسرقة والشرب، وما أشبه ذلك، ويتبع بحقوق الناس من[8] المال في ذمته، وإن قتل؛ فللأولياء القتلُ أو العفو.

---

(1) في (ب) و(ع2): (واختلف).

(2) في (ز): (إنما).

(3) كلمة (ما) ساقطة من (ز).

(4) كلمتا (فإنه يحده) ساقطتان من (ب).

(5) في (ز): (لمجيء).

(6) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق.

(7) في (ع2): (تسقطه).

(8) حرف الجر (من) ساقط من (ب).

- وقيل: تسقط حد[1] الحرابة وجميع حقوق الله، وما أخذ من الأموال إلَّا أن يوجد شيء بعينه لم يتلفه أو يقتل؛ فللأولياء القود، وهذه رواية الوليد بن مسلم عن مالك.
- وقيل: تسقط جميع ما قبله من حقِّ الله أو آدمي في دم أو مال؛ إلَّا أن يوجد شيءٌ[2] بعينه بيده.اهـ[3].

❁❁❁

(1) في (ع2): (حق).
(2) كلمة (شيء) ساقطة من (ع2).
(3) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 234/3 وما بعدها.

باب [في حد شارب الخمر]

قوله: (بابٌ) هذا بابُ الشرب، وتقدَّم[1] وجه الترتيب في جعله هنا[2]، وهو آخر الجنايات الموجِبة للحدِّ.

وحدَّه ابن الحاجب -وهو أيضًا في ضمن كلام ابن شاس[3]- فقال: الشرب الموجب -يعني: للحد- شُرْب المسلم المكلف ما يُسْكر جنسه اختيارًا[4] من غير ضرورة ولا عذر[5].

فقوله: (المسلم المكلف) يخرج الكافر والصبي ونحوه ممَّن ليس من أهل التكليف.

(ما يسكر) احترازًا مما لا يسكر، و(جنسه)؛ ليشمل القليل والكثير مما يسكر، خلافًا لمن يبيح شرب القليل مما يسكر من غير خمر العنب، و(اختيارًا) يخرج المكرَه على الشرب، و(من غير ضرورة) يخرج مَنِ اضُّطر إلى شرب الخمر؛ ليجيز به لقمة اختنق بها، (ولا عذر) يخرج مَنْ شَرِبَ خمرًا يظنه ماءً، وقد ظهر أن قوله: (اختيارًا) معمول الشرب[6].

وبهذا الحد حدَّه -أيضًا- شيخنا ابن عرفة رَحِمَهُ اللَّهُ إلَّا أنه جعل مكان (جنسه) (كثيره)[7].

وإنما عدل -والله أعلم- عن لفظ الجنس؛ لكونه رأى أن المراد بالمسكر هنا ما يسكر بالفعل.

والجنس من حيث هو جنس لا يصح الحكم عليه بأنه يسكر بالفعل؛ أمَّا أولًا

---

(1) كلمة (وتقدم) يقابلها في (ز): (وقد تقدم).

(2) انظر النص المحقق: 8/ 6.

(3) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1176/3.

(4) في (ب) و(ع2): (مختارًا).

(5) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 781/2.

(6) في (ب): (للشرب).

(7) انظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة: 279/10.

فلأنَّه كلي منطقي، والكلي المنطقي لا وجود له في الخارج، وكل مسكرٍ بالفعل موجودٌ في الخارج، فمن ثاني الثاني لا شيء من الكلي المنطقي يسكر بالفعل، فتُجْعل هذه كبرى؛ لقولنا: كل جنس كلي منطقي، فينتج من ثاني الأول لا شيء من الجنس بمسكر بالفعل[1].

وأمَّا ثانيًا؛ فلأنَّ الجنس يَصْدُق على القليل كما يَصْدُق على الكثير، والحكم على الأعم حكم على الأخص المندرج تحته؛ فيَلْزم أن يسكر القليل بالفعلِ كالكثير، وهو باطل، أو لا يسكر الكثير كما لا يسكر القليل، وهو باطل.

وأيضًا فإنَّ الشخص من خمر العنب جنسه ماء العنب بالإطلاق؛ مسكرًا كان أو غير مسكرٍ، وأمَّا الخمر المطلق فهو نوعه، فالحدُّ على هذا غير جامع[2]؛ إذْ لا يتناول شيئًا من أشخاص ما يسكر نوعه، وفيه غير هذا مما يطول تتبعه من غير كبير[3] فائدة.

فإنْ صحَّ أن الشيخ فرَّ عن لفظ الجنس لما ذكرناه، فنقول: لا نسلم أن المراد بقوله: (يسكر)؛ أي: بالفعل؛ بل بالقوة، وجنس المسكر كذلك، لكن المراد القوة القريبة من الفعل؛ لئلا يرد ماء العنب إذا عصر؛ فإن فيه قوة الإسكار إلَّا أنها بعيدة؛ سلمْنا أن المراد ما يسكر بالفعل، ولا نسلم أنه لا يصح الحكم بذلك على الجنس.

قوله: / المراد به الكلي المنطقي الذي لا يوجد في الخارج. [ز:681/ب]

قلنا: لا نسلم؛ بل المراد به الكلي الطبيعي، وهو موجودٌ في الخارج؛ لتحقيق[4] الطبيعة خارجًا، وعلى هذا يسقط القياسان؛ لبنائهما[5] على أن المراد المنطقي.

قوله: الجنس، يصدق على القليل والكثير.

---

(1) جملة (فتجعل هذه كبرى... بمسكر بالفعل) ساقطة من (ز).

(2) في (ب): (مانع).

(3) في (ز): (كثير).

(4) في (ب): (لتحقق).

(5) في (ع2): (لبنائها).

قلنا: إذا كان المراد ما يسكر بالقوة القريبة من الفعل، فلا يتناول إلَّا الكثير؛ إذْ قوة الإسكار في القليل بعيدة أو معدومة بالكلية.

وأمَّا الاعتراض بأن الحدَّ غير جامع؛ لأنَّ المسكر نوع الشخص لا جنسه، فجوابه؛ أنه أطلق الجنس على النوع تجوزًا[1]، وهو وإن كان يجتنب في الحدِّ إلَّا أنه اعتمد على القرينة، وهي كون ذلك معلومًا.

فإن قلتَ: فقد آل بحثك إلى أن المراد بالجنس المسكر الكثير، فتعبير[2] الشيخ أَوْلَى؛ لسلامته من إيهام دخول القليل، وغير ذلك مما قدمت في الاعتراض، وإن كنت أجبت عنه.

قلتُ: بل تعبير[3] ابن الحاجب أَوْلَى؛ لإحالته الحكم على حقيقة المسكر بالخاصة اللازمة، فيخرج ما يسكر بالعرض، كما يقال: إن الكثير من اللبن الحامض قد يسكر شاربه، وهو داخلٌ في عبارة الشيخ فيكون حده غير مطرد.

وفي الحدِّ[4] أبحاث تركت؛ خشية الطول.

ولا خلاف في تحريم شرب الخمر، وأنَّه من الكبائر وما ورد في الفصلين من القرآن والسُّنة، وما ورد من وعيد شاربها في السُّنة مشهورٌ معلومٌ.

---

(1) ما يقابل كلمة (تجوزًا) بياض في (ز).

(2) في (ز): (فتعيين).

(3) في (ز): (تعيين).

(4) ما يقابل كلمة (الحدِّ) بياض في (ز).

[ما يجب به حد الشرب]

بِشُرْبِ المُسْلِمِ المُكَلَّفِ ما يُسْكِرُ جِنْسُهُ طَوْعًا بِلا عُذْرٍ وضَرُورَةٍ أَوْ ظَنِّهِ[1] غَيْرًا، وإِنْ قَلَّ أَوْ جَهِلَ وُجُوبَ الحَدِّ أَوِ الحُرْمَةَ لِقُرْبِ عَهْدٍ، وَلَوْ حَنَفِيًّا شرِبَ[2] النَّبِيذَ، وصُحِّحَ نَفْيُهُ: ثَمَانُونَ بَعْدَ صَحْوِهِ، وتَشَطَّرَ بِالرِّقِّ إِنْ أَقَرَّ[3]، أَوْ شَهِدَ اثْنَانِ[4] بِشُرْبٍ، أَوْ شَمٍّ وإِنْ خُولِفَا

من قوله: (بِشُرْب) إلى قوله: (غَيْرًا) هو معنى حدُّ ابن الحاجب المتقدم، وفائدة القيود قد ذكرناها.

وجعل المصنف (طَوْعًا) مكان[5] (اختيارًا)، وهو يخرج الإكراه كما تقدم في الاختيار في لفظ ابن الحاجب، و(بِلا عُذْرٍ) يخرج المضطر للإساغة كما تقدَّم.

وقوله: (وضَرُورَةٍ) عطف على (عُذْرٍ)؛ أي: وبلا ضرورة، وهو يخرج المضطر إلى شرب الخمر خوف الموت[6] من الجوع على ما قال ابن عبد السلام: إن التحقيق في ذلك الجواز، كما قال بعض المتأخرين[7].

وقوله: (أَوْ ظَنِّهِ غَيْرًا) عطف على (ضَرُورَة)؛ أي: وبلا ظن من الشارب أن ما شَرِبَه غير مسكر؛ بل شَرِبَه مع علمه أو ظنِّه أنَّه مسكر، وهذا القَيْد يخرج مَنْ شرب خمرًا ظانًّا أنَّه مما يجوز شربه؛ فإنه لا يُحَد.

ففاعل (ظَنَّ) ضمير الشارب، والهاء عائدة على (ما يُسْكِر)، وقطع (غَيْرًا) عن الإضافة ونصبه منونًا بنية التنكير، فإنه لم يرد (غَيْرًا) مخصوصًا؛ بل أي غير كان، والمضاف الذي قطع عنه ضمير (ما يُسْكِر).

---

(1) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (وَظَنِّهِ) عطفًا بالواو عوضًا عن (أو).

(2) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (يَشْرَب).

(3) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (وتَشَطَّرَ بِالرِّقِّ وإن قل إِنْ أَقَرَّ).

(4) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (أو شهدا).

(5) كلمة (مكان) ساقطة من (ز).

(6) كلمتا (خوف الموت) يقابلهما في (ب): (خوفًا).

(7) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 29/17.

وقوله: (وإِنْ قَلَّ) إلى (عَهْدٍ) إغياء لوجوب الحد؛ أي: مَنْ شرب ما يسكر جنسه؛ يحد، وإن قَلَّ ما شرب منه، أو كان الشارب يَعْلم تحريم ذلك المشروب، ويجهل وجوب الحد على شاربه، أو كان[1] يجهل كونه حرامًا؛ لقرب عهده[2] بالإسلام، فجهل أن من شرائعه وجوب الحد على من شرب المسكر؛ فإنه لا يعذر بذلك.

وقوله: (ولَوْ) إلى (نَفْيه) إغياء آخر؛ إلَّا أنَّه لما قَصَد التنبيه على ما فيه من الخلاف أتى بـ(لَوْ)؛ أي: ولو كان الشارب ممن يرى أن مَنْ شرب القليل مما يسكر من غير خمر العنب كنبيذ التمر -مثلًا- حلالٌ.

(كالحنفي)؛ أي: يقلد مذهب أبي حنيفة.

يريد: وكذلك المجتهد الذي يرى حِل قليل النبيذ كأبي حنيفة نفسه، فإن كلًّا منهما يحد إن شرب القليل مما يسكر، ولا ينفعهما الاستناد إلى الاجتهاد المؤدي إلى حِلِّيَّة القليل من بعض المسكرات، أو تقليد ذلك المجتهد؛ لظهور دليل التحريم وضَعْف دليل الإباحة، وسواء قلنا: كل مجتهد في الظنيات مصيب، أو المصيب واحد.

فإن قلتَ: حكم المسألة مشكل أمَّا على قول المصوِّبة فبينٌ، وأمَّا على قول المخطئة؛ فلأنَّ حكم الله في حق كل مجتهد ما أدَّى إليه اجتهاده بالإجماع[3]، وإن كان مخطئًا في نفس الأمر، فكيف يحد على ما هو حكم الله في حقه؟ وأيضًا فلا / أقلَّ مِن اعتبار القول بأن كل مجتهد مصيب شبهة تَدْرأ الحد. [ز:682/أ]

قلتُ: الذي يظهر بالاستقراء من مسائلهم تخصيص هذا الإجماع بما يكون دليله من الأحكام قويًّا لا بما يكون في غاية الضَّعْفِ، ودليل مخالفه في غاية القوة كما في هذه المسألة، وكما في قول أشهب: من صلَّى وراء من لا يرى الوضوء من القُبلة؛ أعاد أبدًا[4]، وكمسائل قدَّمناها في باب الأقضية في فصل نقض ما ينقض من الأحكام.

(1) كلمتا (أو كان) يقابلهما في (ز): (وكان).

(2) في (ب): (عهد).

(3) في (ز): (والإجماع).

(4) قول أشهب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 288/1.

على أن الصحيح من القولين في المسألة أن لا حدَّ على مجتهدٍ يرى حِلِّية ذلك إن شرب منه ما يراه حلالًا، ولا على مقلده إن فعل أيضًا.

وإلى هذا القول أشار بقوله: (**وصُحِّحَ نَفْيُهُ**)؛ أي: نفي الحد عن الحنفي الذي شرب قليل النبيذ.

ووجه هذا القول؛ ما قلناه من أن ذلك هو حكم الله في حقه، فكيف يحد به.

فقوله: (**شرَبَ النَّبِيذ**) على حذف مضاف؛ أي: قليل النبيذ، وهو الذي لا يسكر، فـ(**لَوْ**) إغياء لقوله: (**وإِنْ قَلَّ**) فهو إغياء في إغياء.

وإنما قلنا ذلك؛ للإجماع على أن من شرب القدر المسكر من كل شراب مسكر فإنه يحدُّ؛ لإجماعهم على تحريم السكر من كل شراب.

وقوله: (**ثَمانُون**) مبتدأ على حذف مضاف؛ أي: جلد ثمانين، وخبره (**شُرْب**)، وهو مصدر مضاف للفاعل.

و(**ما يُسْكِرُ**) مفعول (**شَرَب**)، وفي بعض النسخ (**مِما**) بجر (**ما**) بمن التبعيضية.

وفاعل (**قَلَّ**) ضمير يعود على (**ما**) وهو[1] المشروب، وفاعل (**جَهِل**) ضمير الشارب الموصوف، و(**وُجُوب**) مفعول (**جَهِل**)، و(**الحُرْمَة**) منصوب عطف على (**وُجُوب**).

و(**حَنَفِيًّا**) خبر كان المحذوفة مع اسمها بعد (**لَوْ**)؛ أي: ولو كان الشارب المذكور حنفيًّا، و(**شرَب النَّبِيذ**) صفة له.

وفي بعض النسخ: (**بشرب النَّبِيذَ**) بالمصدر المجرور بالباء، وتتعلق بمحذوف يدل عليه المعنى؛ أي: فإنه يحد بشرب، والأول أَوْلَى.

والهاء المخفوضة بـ(**نَفْي**) عائدة على الجَلد[2] الذي ناب عنه (**ثَمَانُون**)، وفي هذا التركيب نظر.

وقوله: (**بَعْدَ**[3] **صَحْوِهِ**)؛ أي: إنما يجلد الشارب ثمانين بعد إفاقته من سكره،

---

(1) في (ز): (هو).

(2) في (ب): (الجار).

(3) في (ب): (وبعد).

وعن الإفاقة من السكر عبَّر بـ(الصحوه)؛ لأنَّ السكران يغمى على عقله، وذلك الإغماء مشبه بإغماء السحاب بجامع أن كلًّا منهما يغطي ما وراءه.

وشبَّه الإفاقة بصحو الأفق من الغيم بجامع الانكشاف لِمَا كان محجوبًا، فالعامل في (بَعْدَ) إمَّا الجَلد المقدَّر، أو (ثَمَانُون)؛ لنيابته عنه، أو العامل في الخبر[1] الذي هو (بِشُرْبِ[2] الْمُسْلِمِ)؛ أي: كائن ذلك[3] الجلد بسبب شرب الخمر[4] وبَعُدَ، وإنما لا يجلد إلَّا بعد صحوه؛ ليحس بالألم فينزجر؛ لأنَّه في حال السكر قد لا يحس به فلا يفيد.

وقوله: (وَتَشَطَّرَ بِالرِّقِّ)؛ أي: وينصف[5] الجَلد المذكور بسبب كون الشارب محكومًا له بالرِّق، وهو كونه عبدًا كله، أو بعضه، أو فيه شائبة من شوائب الحرية؛ فلا يحد العبد أو من فيه عقد حرية إذا شرب مسكرًا إلَّا[6] أربعين جلدة.

وقوله: (إِنْ أَقَرَّ...) إلى آخره؛ أي: إنما يحد الشارب المذكور إن أقرَّ على نفسه بالشرب، أو شهد عليه عدلان بالشرب، أو بأنهما شمَّا منه رائحة تدل على أنَّه شَرِب مسكرًا؛ فيترتب عليه الحد، وإن كان هناك مَنْ يخالف الشاهدين في أنها رائحة الخمر بأن يشهد غيرهما بأنها ليست رائحة[7] الخمر؛ فإن العمل على من شهد بأنها رائحته.

ومن قوله: (خُولِفَا) بإسناد الفعل المبني للمفعول إلى ضمير التثنية؛ يُعْلَم أن الشهادة هنا إنما تكون بعدلين؛ إذِ المعنى يحد بالشهادة بالرائحة وإن خولف الشاهدان بها فيها.

أمَّا اشتراط الإسلام والتكليف في حدِّ شارب ما يسكر جنسه؛ فقد تقدَّم التنبيه

(1) في (ز): (الحر).

(2) في (ز): (شرب).

(3) كلمتا (كائن ذلك) يقابلهما في (ز): (كائن من ذلك).

(4) كلمة (الخمر) زائدة من (ز).

(5) في (ب): (وتنصف).

(6) كلمة (إلا) ساقطة من (ز).

(7) في (ز): (برائحة).

عليه في أبواب الجنايات المتقدمة، والشرب[1] منها، فيشترطان[2] في حدِّه.

وفي "الرسالة": وبالبلوغ لزمتهم أعمال الأبدان فريضة[3].

ولا شكَّ في اشتراطهما، وقد اشترطهما في هذا الباب بالخصوصية ابن شاس[4]، وابن الحاجب[5]، وابن عرفة[6].

وفي "النوادر" في كتاب الأشربة في ترجمة (صفة ضرب الحدود) -حين ذكر حد من لا يرجى / برؤه في سائر الحدود، وذكر من جملتها الخمر- قال: وذلك إذا بلغت الصبية المحيض، والغلام الحلم، أو إنبات الشعر، أو سنًّا هو مظنة الاحتلام أو المحيض[7]. [ز:682/ب]

فهذا نصٌّ على اعتبار البلوغ، وهذا مثل ما قدمنا عن كتاب القذف من "المدونة" من قوله: ولا يحد الصبي والصبية من زنا أو غيره من الحدود... المسألة إلى آخرها[8]، ومثله في القطع وغير[9] موضع، ولا أذكر الآن من نصَّ عليهما بالخصوصية في هذا الباب كما فعل المصنف غير[10] من سمَّينا.

وأمَّا اشتراط الطواعية الدَّال على أن لا حدَّ على المكرَه، ففي كتاب الإكراه من "النوادر": قال ابن سحنون: قال[11] ابن عباس: إنما الرخصة في القول، [لا][12]

---

(1) كلمة (والشرب) يقابلها في (ز): (أو الشرب).

(2) في (ع2): (فيشرطان) وفي (ز): (فيشطران).

(3) الرسالة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا)، ص: 41.

(4) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1176/3.

(5) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 781/2.

(6) انظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة: 279/10.

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 310/14.

(8) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 221/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 329/4.

(9) كلمة (وغير) يقابلها في (ب): (من غير).

(10) في (ز): (وغير).

(11) في (ب) و(ع2): (عن).

(12) كلمة (لا) ساقطة من (ز) و(ب) و(ع2) وقد أتينا بها من نوادر ابن أبي زيد.

في[1] تركِ العمل من شربِ خمر، أو أكل خنزير، أو صلاة لغير قبلة.

وقال مسروق: من اضطر لمحرم فلم يأكل ولم يشرب حتى مات؛ دخل النار.

قال الأوزاعي: إن أريد [الأسير][2] على سجود لصنم أو شرب خمر أو أكل خنزير؛ فليختر القتل، ولا يفعل، وقاله قتادة.

وقال سحنون في كتاب ابنه: يسعه فعل ذلك كله[3] كالقول.

وقال الأوزاعي: إن أمر الأسير سيده أن يسقيَه خمرًا لا يفعل، وإن قُتِل.

وقال سحنون: بل يسقيه إن خاف القتل أو قَطْع جارحة له[4].

قيل: فأيهما[5] أفضل؟

قال: يسقيَه إن خاف قتلًا أو ضربًا يخشى منه الموت وإلَّا فلا، ثُمَّ رجع فقال كالأوزاعي.

وفي كتاب الإكراه لابن سحنون: إن أهل فارس أكرهوا المسلمين[6] على الخمر والخنزير، ومن لم يفعل ألقوه في التنور، فأبى نهيت بن حارث فألقي فيه، فبلغ عمر رضي الله عنه فقال: وما كان على نهيت أن يأكل.

قال ابن حبيب عن مطرِّف: إنْ أكره على شرب خمر، أو إفطار في رمضان، أو ترك صلاة؛ وُضِعَ عنه الإثم فيه، وقاله لي[7] عبد الله بن عبد الحكم وأصبغ، وَرَوَياه عن ابن القاسم عن مالك، ومن كتاب ابن سحنون.

وقال بعضهم: هو خلاف قول سحنون: إن أكْرَه سُلطان أو لص رجلًا بقتل، أو قطع عضو، أو ضرب، أو سجن على شرب خمر، أو أكل ميتة أو خنزير؛ وسعه، قال

---

(1) في (ز) و(ع2): (وفي) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(2) كلمة (الأسير) زائدة من نوادر ابن أبي زيد.

(3) كلمة (كله) ساقطة من (ب).

(4) كلمة (له) ساقطة من (ز).

(5) عبارة (جارحة له قيل فأيهما) يقابلها في (ع2): (جارحة فأيهما)، وفي (ب): (جارحة فمن أيهما) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(6) في (ز): (مسلمين).

(7) كلمة (لي) ساقطة من (ز).

سحنون: وتركه أفضل، وإنما الإكراه في القول.

قال ابن سحنون: وقال من خالفنا: إن هُدِّدَ بما ذكرنا على خمر أو خنزير؛ فذلك له، فإن لم يفعل خِفْنا أن يكون آثمًا، وهو كالمضطر لميتة أو خمر غير باغ ولا عاد؛ يأثم[1] إن لم يأكل، ولم يشرب حتى مات، ولا يشبه هذا الكفر وقذف المسلم؛ لأنَّ هذا فيه رخصة وتركه أفضل، ولم يجعل هذا للضرورة حلالًا كالميتة والخنزير في الضرورة[2]، وإنما حُرم الخمر بالنهي[3]، فإذا حلَّت الميتة للضرورة؛ صارت كما لم ينه عنه، والكفر لا يحل بحال، وإنما رخص في النطق به للضرورة، وكذا القذف فيه رخصة للضرورة.

قال سحنون: إن لم يفعل في الخمر والخنزير حتى قتل؛ وَسِعَه ذلك، وكان مأجورًا كالكفر والقذف [يُكْرَه عليهما][4].

قال محمد: لأنَّ الله تعالى أباح الكفر للإكراه، والميتة والخنزير للضرورة، وأجمعنا أن له ترك الرخصة في الكفر، فيلزم المخالف أن يقول بتركها في الميتة والخنزير، ولا يكون معينًا على نفسه.

ثُمَّ قال في "النوادر" بعد هذا عن سحنون: إن أكره بقتل، أو قطع عضو، أو ضرب يخاف[5] منه تلف بعض أعضائه لا تلف نفسه، أو بقيد، أو سجن[6] على أكل ميتة أو خنزير أو شرب خمر؛لم يسعه[7] أن يفعل إلَّا بخوف القتل فقط.اهـ مختصرًا[8].

فتلخَّص من هذه الأنقال على الجملة أن شرب الخمر يباح للإكراه، وإذا كان

---

(1) كلمتا (عاد يأثم) يقابلهما في (ب): (عاديًا).

(2) كلمتا (في الضرورة) يقابلهما في (ب): (للضرورة).

(3) في (ب) و(ع2): (للنهي) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(4) كلمتا (يُكْرَه عليهما) زائدتان من نوادر ابن أبي زيد.

(5) في (ب): (فخاف).

(6) في (ز): (بسجن).

(7) في (ز): (يتبعه).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 246/10 وما بعدها.

مباحًا لم تكن فيه عقوبة، وهو واضح.

وأمَّا اشتراط نفي العذر الدَّال على أن المضطر لإساغة غصة اللقمة بالخمر لا يحد، واشتراط نفي الضرورة الدَّال على أن من تناول الخمر لضرورة الجوع لا يحد؛ فالأول منصوص للأقدمين، والثاني المنصوص لهم خلافه، وما ذكره المصنف هو ما فهمه ابن عبد الحكم من تعليل مالك أنَّه إذا رجا فيه نفع في رد الجوع؛ أبيح، واختاره بعضهم.

[ز:683/أ] وما كان[1] حق المصنف / أن يفتي فيه إلَّا بما هو منصوص في الروايات، ولنذكر ما قيل في المسألتين.

قال ابن الجلَّاب في كتاب الأطعمة: ولا يشرب الخمرَ مضطرٌّ، ولا يتعالَج بها، ولا بشيءٍ من النجاسات[2] كُلِّها، وإذا كانت في حلق رجل غصة من طعام ولم يجد ما يسيغها به إلَّا خمرًا؛ فلا بأس أن يشربها يدفع بها غصته، حكى هذا الشيخ الأبهري عن أبي الفرج عمرو بن محمد القاضي.اهـ[3].

وقال في رسم تأخير صلاة العشاء في الحرس[4] من سماع ابن القاسم من مالك في كتاب الصلاة من "العتبية": وسُئِلَ عن شرب الخمر للمضطر، قال: لا، ولن تزيده إلَّا شرًا، لقول[5]: يقطع جوفه.

قيل لأصبغ: ما الفرق للمضطر بين الخمر والميتة أرخص له في الدم، وكره له الخمر؟

قال: لأنَّ الله تعالى استثناه من تحريم الميتة والدم والخنزير، ولم يستثنه من الخمر.

وقال في رسم الزكاة والصيام من سماع أصبغ من ابن القاسم في كتاب الذبائح،

---

(1) كلمة (كان) ساقطة من (ز).

(2) في (ز): (الجنايات).

(3) التفريع، لابن الجلاب (العلمية): 321/1.

(4) في (ز): (الحر) وما رجحناه موافق لما في بيان ابن رشد.

(5) في (ب) و(ع2): (يقول) وما رجحناه موافق لما في بيان ابن رشد.

قال أصبغ: قال ابن القاسم: يشرب المضطر الدم[1]، ولا يشرب الخمر، ويأكل الميتة، ولا يقرب ضوال الإبل، وقال لي ابن وهب مثل ذلك، وقال: الحجة نهي رسول الله ﷺ عنها[2]، وإرخاص الله ﷻ في الميتة والدم والخنزير للمضطر، ولم يرخص في الخمر، فذلك كله أحلّ من الخمر.اهـ[3].

وفي آخر كتاب الذبائح من "النوادر" عن ابن حبيب: ولا يحل الخمر للمضطر من جوعٍ أو عطشٍ، قاله مكحول.

ومن "المستخرجة": قال ابن القاسم: قال مالك: من اضطر إلى الخمر فلا يشربها، ولن تزيده إلّا عطشًا، لأنَّ الله سبحانه لم يستثن في الخمر المضطر كما استثنى[4] في الميتة.

قال أصبغ: قال ابن القاسم: يشرب المضطر الدم ولا يشرب الخمر، ويأكل الميتة ولا يقرب ضوال الإبل، وقاله ابن وهب.

قال مالك في "المختصر": لا يشرب المضطر الخمر.

قال الأبهري: لأنها لا تغني من جوع، ولا تروي مِنْ عطش فيما يقال، فأمّا إن كانت تشبع أو تروي؛ فلا بأس أن يشربها لذلك؛ كالميتة عند الضرورة

---

(1) كلمة (الدم) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز) وما أثبتناه موافق لما في بيان ابن رشد.

(2) متفق على صحته، روى البخاري في باب ضالة الغنم، من كتاب اللقطة، في صحيحه: 124/3، برقم (2428).

ومسلم في كتاب اللقطة، في صحيحه: 1349/3، برقم (1722) كلاهما عن زيد بن خالد الجهني ؓ يَقُولُ: سُئِلَ النَّبِيُّ ﷺ عَنِ اللُّقَطَةِ، فَزَعَمَ أَنَّهُ قَالَ: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً» - يَقُولُ يَزِيدُ: " إِنْ لَمْ تُعْرَفْ اسْتَنْفَقَ بِهَا صَاحِبُهَا، وَكَانَتْ وَدِيعَةً عِنْدَهُ، قَالَ يَحْيَى: فَهَذَا الَّذِي لاَ أَدْرِي أَفِي حَدِيثِ رَسُولِ اللهِ ﷺ هُوَ، أَمْ شَيْءٌ مِنْ عِنْدِهِ؟ - ثُمَّ قَالَ: كَيْفَ تَرَى فِي ضَالَّةِ الغَنَمِ؟ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «خُذْهَا فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ» - قَالَ يَزِيدُ: وَهِيَ تُعَرَّفُ أَيْضًا - ثُمَّ قَالَ: كَيْفَ تَرَى فِي ضَالَّةِ الإِبِلِ؟ قَالَ: فَقَالَ: «دَعْهَا فَإِنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا، تَرِدُ المَاءَ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا»، وهذا لفظ البخاري.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 314/1 و315.

(4) كلمة (استثنى) ساقطة من (ز).

وذكر [عن][1] ابن حبيب أنَّه أجاز ذلك لمن غصَّ بطعامٍ وخاف على نفسه أن له أن يجوزه بالخمر.اهـ[2].

وفي كتاب الأشربة من "النوادر" قال ابن حبيب: قال مكحول: من اضطر إلى خمر [يشربها][3] لعطشٍ أو جوع؛ فلا يحل له ذلك.

وقال مالك في "المختصر": لا يشرب المضطر الخمر.اهـ[4].

قال في كتاب الصلاة من "البيان": ما وقع في "العتبية" من قوله: أرخص له في الدم، وكره له الخمر، صوابه؛ أرخص له في الميتة إلَّا أنَّه ذكر الدم؛ لأنَّ حكمَهما[5] سواء.

وفي بعض الروايات: ما الفرق له[6] بين الميتة والدم؟ وهو خطأ لا يصح له معنى، وحجة ابن وهب وأصبغ من جهة التعلق بالظاهر لا القياس، وليس ذلك مذهبنا.

والفرق [بين الدم والخمر][7] من جهة القياس؛ أن تحريم الدم تعبد، وتحريم الخمر؛ للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة.

والفرق بين الميتة وضوال الإبل [من جهة القياس][8]؛ أن الميتة لا ملك [لأحدٍ][9] عليها، فمستبيحها للضرورة لم يتعدَّ على آخر[10] بخلاف ضوال

(1) حرف الجر (عن) زائد من نوادر ابن أبي زيد.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 382/4 و383 وما تخلله من قول الإمام مالك فهو بنحوه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 438.

(3) كلمة (يشربها) زائدة من نوادر ابن أبي زيد.

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 299/14.

(5) في (ب): (حكمها).

(6) كلمة (له) ساقطة من (ب).

(7) عبارة (بين الدم والخمر) زائدة من بيان ابن رشد.

(8) عبارة (من جهة القياس) زائدة من بيان ابن رشد.

(9) كلمة (لأحدٍ) زائدة من بيان ابن رشد.

(10) عبارة (فمستبيحها للضرورة لم يتعد على آخر) ساقطة من (ز).

الإبل.

وعلى الفرق بالظاهر أو بالقياس هل يمتنع من الخمر وضوال الإبل، وإن لم يجد ميتة؟ أو مع وجودها؟

الظاهر[1] من قولِ أصبغ المنع بكلِّ حال، ومن قول ابن وهب مع وجودها، ويأتي على ما لمالك في "الموطأ" أن مَنْ أمن عنده سارقًا فلا يقطع، أكله من مال الغير أَوْلى من الميتة أنَّه يأكل ضوال الإبل مع وجود الميتة، فيتحصَّل فيها أربعة أقوال: المساواة، أكل الميتة أَوْلى، أكل ضوال الإبل أَوْلى، لا يقرب ضوال الإبل[2] بحال.

وتعليل مالك الخمر بأنها لا تزيده إلَّا شرًا؛ يدل أنَّه لو كان له في شربها منفعة؛ لجاز [له أن يشربها][3]، ولا فرق[4] عنده بين الميتة والخمر في إباحتهما للمضطر.

وقد استدلَّ محمد بن عبد الحكم في كتاب ابن المواز على أن هذا مذهب مالك بهذا التعليل، واحتجَّ على صحته بأن من اغتص بلقمة فخشى على نفسه الموت، ولا يجد لتسويغها إلَّا الخمر أن ذلك جائزٌ له.

والظاهر من قول أصبغ؛ أنه[5] لا يجوز، وقال ابن عبد الحكم: يأكل[6] المحرم المضطر الميتة إلَّا الصيد، فإن لم يجد إلَّا الصيد أكله على أصله في إساغة اللقمة بالخمر، ويأكل المضطر الميتة إلَّا الخنزير. اهـ[7].

/ قلتُ: وما حصل من الأقوال في الميتة وضوال الإبل لا يبعد[8] جريها في الميتة [ز:683/ب] مع الخمر، وإذا جازت إساغة اللقمة بالخمر وشربها لدفعِ ضرورة الجوع عند من

(1) في (ع2): (للظاهر).

(2) كلمة (الإبل) ساقطة من (ز).

(3) عبارة (له أن يشربها) زائدة من بيان ابن رشد.

(4) كلمتا (ولا فرق) يقابلهما في (ب): (والفرق).

(5) كلمة (أنه) يقابلها في (ب): (أن ذلك).

(6) كلمة (يأكل) زائدة من (ز).

(7) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 314/1 وما بعدها.

(8) في (ز): (يعظم).

يراه؛ لم يكن في ذلك حدٌّ كما قدَّمنا[1] في الإكراه.

وأمَّا اشتراط انتفاء ظن أن[2] المشروبَ غير مسكر الدال على أنَّ من شرب مسكرًا يظنه غيره لا يحد؛ فلا شكَّ في صحته كما تقدَّم في وطء الأجنبية غلطًا، ومن هذا مسألة كتاب النكاح الثاني من "المدونة": إذا تزوج أخوان أختين فدُفِعَت إلى كل زوجة أخيه... المسألة، وقال فيها: وعلى العالمة منهما الحد[3].

ولم أقف عليه هنا لغير شيخنا ابن عرفة قال: وفي "كافي" أبي عمر: من ظَنَّ النبيذ حلاوة، ولم يشعر بسكره فسكر منه؛ فلا حَدَّ عليه إن كان مأمونًا لا يُتَّهم، ومثله من شرب مباحًا ظانًّا أنَّه خمر؛ لا يحد وتسقط عدالته، قاله عز الدين ابن عبد السلام.اهـ[4].

وتأمل لفظة (مثل) في قوله: (مثله) وكأنَّه قصد المثلية في انتفاء الحدِّ خاصة، وإلَّا فهو ضده في الصورة والجرحة.

وأصل هذه المسألة من مسائل أصول الفقه من أخر[5] مع ظن الموت فمات أو لم يمت، ومع ظن السلامة فمات.

وأمَّا قوله: (وإن قلَّ) فهو مذهب مالك والشافعي في كل مسكر حتى قيل: لم يجمع[6] **أهل المدينة** على مسألةٍ مختلف فيها إلَّا على[7] هذه، واتفق الكوفيون على أن القليل الذي لا يسكر من غير خمر العنب لا يحرم، واختلف المكيون وأكثرهم موافق للكوفيين، والمسألة مشهورة في مسائل الخلاف.

ودليل المذهب؛ ما خرَّجه أهل الصحيح من قول عمر رضي الله عنه في خطبته على منبر

---

(1) في (ب): (قدمناه).

(2) كلمة (أن) ساقطة من (ز).

(3) المدونة (السعادة/صادر): **248/2** وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): **20/2**.

(4) المختصر الفقهي لابن عرفة: **10 /282** وما تخلله من قول ابن عبد البر فهو بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: **1079/2**.

(5) في (ب): (آخره).

(6) في (ز): (يجتمع).

(7) حرف الجر (على) ساقط من (ب).

رسول الله ﷺ بحضرة الصحابة -رضي الله عنهم أجمعين[1]- من غير نكير: أَمَّا بَعْدُ، أَلَا وَإِنَّ الْخَمْرَ نَزَلَ تَحْرِيمُهَا يَوْمَ نَزَلَ وَهِيَ مِنْ خَمْسَةِ أَشْيَاءَ مِنَ الْحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرِ، وَالزَّبِيبِ، وَالْعَسَلِ، وَالْخَمْرُ: مَا خَامَرَ الْعَقْلَ[2].

وفي الصحيح أن رسول الله ﷺ سئل عن البِتْعِ أحرام هو؟ فقال: «كُلُّ شَرَابٍ أَسْكَرَ فَهُوَ حَرَامٌ»[3]، والبِتْع: شراب العسل، وهو غير خمر العنب.

لا يقال: بموجب هذا الدليل بناء على أن المسكر حقيقة ما حصل عنه السكر لا الذي يسكر جنسه؛ لأنا نقول: إنما يشترط ذلك بناء على القول به في المشتق المحكوم به لا الذي هو متعلَّق الحكم، كالمشركين في قوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾ [التوبة:5][4]، فإنه حقيقة فيمن اتصف بهذا الوصف في الحال والاستقبال[5]؛ ولذا كان مثله عامًّا كذا قرر القرافي وغيره، وأيضًا فالسؤال وقع عن الجنس، ووجوب مطابقة الجواب للسؤال قرينة تُعَيِّن المطلوب.

وأصح ما استدَلَّ به الآخرون ما خرجه البزار وغيره من قول ابن عباس رضي الله عنه: «حُرِّمَتِ الْخَمْرُ بِعَيْنِهَا قَلِيلُهَا وَكَثِيرُهَا وَالسَّكْرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ»[6]، وروي مرفوعًا من حديث جماعة من الصحابة.

قال عبد الحق: ورواته كلهم إمَّا ضعيف أو مجهول[7].

---

(1) عبارة (في خطبته على منبر... رضي الله عنهم أجمعين) زائدة من (ز).

(2) رواه مسلم في باب نزول تحريم الخمر، من كتاب التفسير، في صحيحه: 2322/4، برقم (3032) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(3) متفق على صحته، رواه البخاري في باب الخمر من العسل، وهو البتع، من كتاب الأشربة، في صحيحه: 105/7، برقم (5585).

ومسلم في باب بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام، من كتاب الأشربة، في صحيحه: 1585/3، برقم (2001) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(4) عبارة (قوله تعالي اقتلوا المشركين) ساقطة من (ب).

(5) في (ع2) و(ز): (والمستقبل).

(6) صحيح، رواه النسائي في كتاب الأشربة، في سننه: 321/8، برقم (5684).

والبزار في مسنده: 100/11، برقم (4817) كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(7) من قوله: (وأمَّا قوله: (وإن قلَّ) فهو مذهب مالك والشافعي) إلى قوله: (كلهم إمَّا ضعيف أو =

وقد أكثر ابن حبيب رَحِمَهُ اللَّهُ من الاستدلال في المسألة على ما نقل عنه في النوادر[1]، وابن يونس[2].

وفي "الرسالة": ومن شرب خمرًا أو نبيذًا مسكرًا حُدَّ ثمانين، سكر أو لم يسكر.اهـ[3].

وفي "المدونة": وما أسكر كثيره من الأشربة؛ فقليله حرامٌ، ومن شرب خمرًا أو نبيذًا مسكرًا، قليلًا أو كثيرًا، سكر منه أم لا؛ فعليه الحد ثمانون جلدة.

وكذلك إن شهدت عليه بينة أن به رائحة مسكر؛ جُلِد الحد، كان أصله عصير العنب، أو نبيذ زبيب، أو تمر، أو تين، أو حنطة، أو غير ذلك، وكذلك الأُسْكُرْكَة[4] إذا أسكرت؛ لأنها عنده خمرًا إذا كانت تُسْكر.

وعصير العنب، ونقيع الزبيب، وجميع الأنبذة، شرابها حلال ما لم تسكر، فإذا أسكرت؛ فهي خمر.

ولا أَحُدُّ في قيام الانتباذ حدًّا من توقيت وقت أو غليان، والسكر علة التحريم ولا ينظر إلى الغليان.اهـ[5].

/ وأمَّا حد شارب الخمر[6] المسكر عالمًا بتحريمه جاهلًا بترتب الحد عليه، أو جاهلًا بتحريمه؛ لقرب عهده بالإسلام؛ فقال في ترجمة (صفة ضرب الحدود) من كتاب الأشربة من "النوادر": قال محمد: ومن شربه ممن لا يعلم تحريمه كالأعجمي [ز:684/أ]

= مجهول) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 26/17 وما بعدها وما تخلله من قول عبد الحق فهو بنحوه في الأحكام الوسطى، لعبد الحق الأشبيلي: 166/4 و167.

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 282/14.

(2) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 430/11.

(3) الرسالة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا)، ص: 77.

(4) عياض: الأُسْكُرْكَة -بضم الهمزة وسكون السين وضم الكاف الأولى وفتح الثانية وبينهما راء ساكنة- كذا ضبطناه في الكتاب عن شيوخنا وفي غيره وضبطناه -أيضًا- في كتب اللغة: السُكركة، بالسين المضمومة وهو شراب الذرة.اهـ. من التنبيهات المستنبطة (بتحقيقنا): 2737/5.

(5) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 261/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 288/4.

(6) كلمة (الخمر) زائدة من (ز).

الذي دخل الإسلام، ولا يعرف؛ فلا[1] عذر لأحدٍ بهذا في إسقاط الحد، وكذلك في الزنا يظنه حلالًا، وكذلك من تأوّل في المسكر من غير العنب أنَّه حلال؛ فلا عذر له بهذا، وكذلك القذف، وهذا قول مالك وأصحابه إلَّا ابن وهب، فأخبرني أبو زيد عنه أنَّه إن كان مثل البدوي لم يقرأ الكتاب ولا يعلمه، [فشرب][2] وهو يجهل ذلك؛ فلا يحد ويعذر، وقد فعله عمر رضي الله عنه.

قال مالك: فقد ظهر الإسلام وفشا، ولا يعذر جاهل في شيء من الحدود.

قال محمد: يعني: ابن وهب في[3] النوبية التي أعتقها حاطب وكانت أحصنت بزوج، فلما قال له عثمان: "مَا الْحَدُّ إِلَّا عَلَى مَنْ عَلِمَهُ" جلدها مائة جلده[4]. اهـ[5].

فهذا النص دالٌّ[6] [على][7] أنَّه لا يعذر بجهل التحريم صريحًا، وأحرى أن

(1) كلمة (فلا) ساقطة من (ز).

(2) كلمة (فشرب) زائدة من نوادر ابن أبي زيد.

(3) حرف الجر (في) ساقط من (ع2).

(4) روى عبد الرزاق في باب لا حد إلا على من علمه، من كتاب الطلاق، في مصنفه: 404/7، برقم (13645).

والبيهقي في باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، من كتاب الحدود، في سننه الكبرى: 415/8، برقم (17065) كلاهما هِشَامٌ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ يَحْيَى بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَاطِبٍ جَاءَ إِلَى عُمَرَ بِأَمَةٍ سَوْدَاءَ كَانَتْ لِحَاطِبٍ، فَقَالَ لِعُمَرَ: إِنَّ الْعَتَاقَةَ أَدْرَكَتْ هَذِهِ، وَقَدْ أَصَابَتْ فَاحِشَةً، وَقَدْ أُحْصِنَتْ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: «أَنْتَ الرَّجُلُ، لَا يَأْتِي بِخَيْرٍ» فَدَعَاهَا عُمَرُ فَسَأَلَهَا عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَتْ: نَعَمْ، مِنْ مَرْغُوشٍ بِدِرْهَمَيْنِ، وَقَالَ غَيْرُهُ مِنْ مَرْغُوشٍ، وَهِيَ حِينَئِذٍ تَذْكُرُ ذَلِكَ لَا تَرَى بِهِ بَأْسًا، فَقَالَ عُمَرُ: لِعَلِيٍّ، وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَعُثْمَانَ وَهُمْ عِنْدَهُ جُلُوسٌ: أَشِيرُوا عَلَيَّ، قَالَ عَلِيٌّ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ: «نَرَى أَنْ تَرْجُمَهَا»، فَقَالَ عُمَرُ، لِعُثْمَانَ: أَشِرْ عَلَيَّ قَالَ: قَدْ أَشَارَ عَلَيْكَ أَخَوَاكَ. قَالَ: أَقْسَمْتُ عَلَيْكَ إِلَّا مَا أَشَرْتَ عَلَيَّ بِرَأْيِكَ قَالَ: «فَإِنِّي لَا أَرَى الْحَدَّ إِلَّا عَلَى مَنْ عَلِمَهُ، وَأَرَاهَا تَسْتَهِلُّ بِهِ كَأَنَّهَا لَا تَرَى بِهِ بَأْسًا»، فَقَالَ عُمَرُ: «صَدَقْتَ، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ مَا الْحَدُّ إِلَّا عَلَى مَنْ عَلِمَهُ» فَضَرَبَهَا عُمَرُ مِائَةً، وَغَرَّبَهَا عَامًا.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 311/14 و312.

(6) في (ز): (يدل).

(7) ما بين المعكوفتين زيادة أدرجناها؛ ليستقيم بها السياق.

يكون فيه دلالة على عدم عذر من علم التحريم وجهل وجوب الحدِّ فيه[1].

وقال ابن عبد السلام: عدم عذره متفق عليه[2].

وقد يتناوله عموم قول مالك: لا يعذر جاهل في[3]شيء من الحدود[4].

ومثل هذا ما قدَّمنا[5] من قوله في كتاب الرجم من "المدونة": ومن وطئ أمة بيده رهنًا، وقال: ظننتها تحل لي؛ حُدَّ ولا يعذر بذلك أحد، ولا العجم إذا ادَّعوا الجهالة، ولم يأخذ مالك بالحديث الذي قال[6]: "زنيت بمرغوس بدرهمين"[7]، وأرى أن يقام الحد في هذا.اهـ[8].

وأمَّا حدُّ المجتهد الذي يشرب النبيذ وهو حلال عنده؛ فقد تقدَّم الآن في نقل "النوادر" عن محمد، وذلك قوله: وكذلك من تأول في المسكر من غير العنب أنَّه حلال؛ فلا عذر له بهذا.اهـ[9].

وإنما قلنا: إن مراده به المجتهد؛ لقوله: (تأول)؛ إذْ لا تأويل في مثل هذا إلَّا للمجتهد.

ومن هذا -أيضًا- قوله في "النوادر" في هذا المحل قال محمد: ورُوي أن عمر رضي الله عنه جلد قدامة في الخمر ثمانين، وزاده ثلاثين، وقال: هذه لتأويلك لكتاب الله على غير تأويله، فيما تأول من قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓاْ﴾ [المائدة:93].اهـ[10].

---

(1) كلمة (فيه) ساقطة من (ع2).

(2) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 30/17.

(3) حرف الجر (في) زائد من (ز).

(4) قول الإمام مالك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 312/14.

(5) في (ب): (قدمناه).

(6) كلمتا (الذي قال) يقابلهما في (ب): (التي قالت).

(7) تقدم تخريجه في باب الحد من الزنا. انظر النص المحقق: 8/ 184.

(8) المدونة (السعادة/صادر): 242/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 4/ 341 و342.

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 311/14.

(10) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 311/14.

فإن قلتَ: ليس هذا من المسألة، فإن قدامة إنما حُدَّ؛ لتأويله محل الإجماع وهو الخمر؛ فلذا لم يعذر بخلاف المتأول في شرب النبيذ فإنه اجتهاد في محل الخلاف، فينبغي أن يعذر لاجتهاده في محل الاجتهاد، وهو المسائل الخلافية.

قلتُ: لمَّا كانت علة تحريم الخمر الإسكار؛ لما اشتملت عليه من مفاسد العداوة والبغضاء[1]، والصد عن ذكر الله وعن الصلاة؛ وجب إلحاق كل مسكر غير الخمر بها في التحريم بالقياس المجمع عليه عند القائلين بحجية القياس؛ لأنَّ هذا من نوع القياس الجلي الذي يقطع فيه بنفي الفارق، وكقياس[2] الأمة على العبد في تكميل عتقها على من أعتق شقصًا منها، وإن كان لفظ الحديث إنما جاء في العبد، وفي هذه الطريقة احتجاجٌ قويٌّ للمذهب.

وأمَّا ما ذكر من تصحيح نفي الحد فهو للباجي وغيره[3].

قال الباجي: مَنْ تأول في المسكر من غير الخمر أنَّه حلال؛ حُدَّ ولم يعذر، رواه محمد عن مالك وأصحابه، ولعلَّ هذا فيمن ليس من أهل الاجتهاد، وأمَّا من كان من أهل الاجتهاد والعلم؛ فالصواب عدم حده إلَّا أن يسكر منه، وقد جالس مالك سفيان الثوري وغيره من الأئمة ممن كان يبيح شرب النبيذ، فما أقام على أحد منهم حدًّا ولا دعا إليه مع إقرارهم بشربه، وتظاهرهم به، ومناظرتهم فيه، وقد قال مالك: ما ورد علينا مشرقي مثل سفيان الثوري أمَّا أنَّه آخر ما فارقني على أن لا يشرب النبيذ، وهذا يقتضي أنَّه لم يفارقه قبل ذلك عليه.اهـ[4].

قلتُ: وفي كلامه نظرٌ، أمَّا قوله: (لعل هذا فيمن ليس مجتهدًا) فبعيدٌ؛ لما قدمنا من أن التأويل إنما يقبل من المجتهد؛ نعم، إذا كان تأويله بعيدًا جدًّا ضعيفًا لم يُعمل عليه / ولا يُعذر فيه بالخطأ؛ لظهور دليل المخالف كما في هذه المسألة، وهذا هو [ز:684/ب]
الجواب الحق عندي[5] عن الإشكال الوارد على القول بحدِّ هذا المجتهد أو مقلده

---

(1) كلمة (والبغضاء) ساقطة من (ع2).

(2) في (ب) و(ع2): (كقياس).

(3) في (ع2): (وغير).

(4) انظر: المنتقى، للباجي: 291/4.

(5) كلمة (عندي) زائدة من (ز).

كما قدمناه في شرح كلام المصنف.

وأمَّا ما احتجَّ به مِنْ عَدم حد مالك من يرى جواز شربه فضعيف جدًّا؛ فإنه لم يثبت أن مالكًا رأى أحدًا منهم يشربه[1] أو سمعه يقر به، والحدُّ لا يكون بالقول بجواز الشرب؛ بل على نفس الشرب، وقد كان كثيرٌ ممن يرى جواز شربه يأنف غاية الأنفة من شربه.

ولو سلَّمنا أن مالكًا[2] رأى من يشربه منهم فمن أين علم أنَّه لم يأمر بحدهم، أمَّا حده هو إياهم فليس ذلك له؛ إذْ ليس بحاكم، ولئن سلمنا أنَّه ما أمر بحدهم؛ فلاحتمال أن يكون لم يتحقق كونه مسكرًا، أو لا يلزمه تغيير المنكر في مسائل الاجتهاد.

وأمَّا قوله: (آخر ما فارقني...) إلى آخره، فيحتمل أن يكون معناه على أن لا يرى شربه، ولا يقول به.

ولابن رشد مثل كلام الباجي قال في سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات من "العتبية": وسئل عن المرضي في كل حالة لا تعرف له[3] زلة إلَّا أنَّه يشرب نبيذ التين، قال: إن كان يسكر فأرى أن ترد شهادته.

قال ابن رشد: قوله: (فأرى أن ترد شهادته إن كان يسكر) يريد: إن كان النبيذ يسكر[4]، فترد شهادته، وإن شرب قليلًا لا يسكر؛ لقوله ﷺ: «**مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ، فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ**»[5]، وهذا إذا شربه غير متأول ولا متمذهب بمذهب من أباح منه ....

---

(1) في (ز): (شربه).

(2) كلمة (مالكًا) يقابلها في (ب): (مالكًا ولو سلمنا أنه).

(3) كلمة (له) ساقطة من (ز) وهي في بيان ابن رشد.

(4) جملة (قوله: فأرى أن ترد شهادته... النبيذ يسكر) يقابلها في (ب) و(ع2): (فاعل يسكر ضمير النبيذ) وما رجحناه موافق لما في بيان ابن رشد.

(5) حسن صحيح، رواه أبو داود في باب النهي عن المسكر، من كتاب الأشربة، في سننه: 327/3، برقم (3681).

والترمذي في باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام، من أبواب الأشربة، في سننه: 292/4، برقم (1865) كلاهما عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

[ما][1] دون السكر، وهو مذهب أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن، فأمَّا إن شربه متمذهبًا بمذهبهم معلوم بالصلاح والفضل، غير متهم باستباحة ما لا يحل له؛ فلا ترد شهادته إلَّا أن يسكر منه، وقرأناه إن كان يُسكِر -بضم الياء وكسر الكاف، ويحتمل أن يكون بفتحهما- أي: إن كان الرجل[2] يسكر؛ وهذا ترد شهادته وإن كان مرضيًا في جميع أحواله؛ إذْ لا خلاف بين الأمة في تحريم السكر من جميع الأنبذة كتحريمه من خمر العنب والتمر.اهـ[3].

فظاهر قبوله شهادة المجتهد ومقلده أنهما لا يحدَّان، لا يقال: لعله يرى[4] ما قاله[5] الشافعي: أَحَده وأقبل شهادته؛ لأنا نقول: قول الشافعي مُشْكِل؛ لأنَّ الحدَّ عقوبة، ولا تكون إلَّا على فعلِ محرم، وفاعل المحرم فاسق لا تقبل شهادته بوجه.

ونظير تأويل الأشياخ في هذا المقام تأويلهم ما وقع في المذهب من تجريح[6] مكتري الأرض بالجزء مما يخرج منها وعدم أكل طعامه، فإن ذلك إذا لم يكن يرى ذلك مذهبًا أو يقلد من رآه، ولعل المصنِّف لم يرَ كلام ابن رشد هذا؛ فلذلك أشار بـ(صُحِّحَ) إلى الباجي؛ لأنَّه من غير الشيوخ الذين عينهم في خطبة كتابه، ولو رآه لقال: (وظهر وصحح)، وأورد على مذهب مالك والشافعي اتفاقهما على شرطية الولاية في عقد النكاح، ولا يحدان الحنفي: إن تزوج بلا ولي.

وأجيب بأن مفسدة النكاح تتلافى بردها إلى العقد الصحيح، ولا يمكن مثل ذلك في الأشربة فلا بدَّ من الزجر بالحدِّ، فتأمله[7].

---

(1) كلمة (ما) زائدة من بيان ابن رشد.

(2) كلمة (الرجل) ساقطة من (ز).

(3) البيان والتحصيل، لابن رشد: 9/ 471 و472.

(4) ما يقابل كلمة (يرى) بياض في (ز).

(5) في (ز): (قال).

(6) في (ز): (تحريم).

(7) من قوله: (فظاهر قبوله شهادة المجتهد ومقلده) إلى قوله: (فلا بدَّ من الزجر بالحدِّ، فتأمله) بنحوه في شرح ابن عبد السلام (بتحقيقنا): 30/17.

وأمَّا كون الحد ثمانين؛ فهو المذهب كما تقدَّم من نصِّ "المدونة"[1]، و"الرسالة"[2] عند تصحيح قوله: (وَإِنْ قَلَّ).

وفي "الموطأ": مالك عن ثور بن زيد الديلي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال له علي بن أبي طالب رضي الله عنه: نَرَى أَنْ تَجْلِدَهُ ثَمَانِينَ، فَإِنَّهُ إِذَا شَرِبَ سَكِرَ، وَإِذَا سَكِرَ[3] هَذَى[4]، وَإِذَا هَذَى، افْتَرَى؛ فَجَلَدَ عُمَرُ فِي الْخَمْرِ ثَمَانِينَ.اهـ[5].

وفي مسلم: حين جلد عبد الله بن جعفر الوليدَ أمام عثمان وعلي يَعُدُّ -رضي الله عن جميعهم- حَتَّى بَلَغَ أَرْبَعِينَ، فقال: أَمْسِكْ، ثُمَّ قال[6]: جَلَدَ النَّبِيُّ ﷺ أَرْبَعِينَ، وأبو بكر أَرْبَعِين، وَعُمَرُ ثَمَانِينَ، وَكُلٌّ سُنَّةٌ، وَهَذَا أَحَبُّ إِلَيَّ.اهـ[7].

وأمَّا كونه بعد صحوة، فقال في القطع في السرقة من "المدونة": ولا يحد السكران حتى يصحو.اهـ[8].

ولابن القاسم في "العتبية" من رواية أبي زيد: ولا يضرب السكران الحد حتى يفيق، قيل: فإن خشي الإمام أن تأتيه فيه شفاعة فيبطل حد[9] الله تعالى، قال: لا يضربه وهو / سكران.اهـ[10]. [ز:685/أ]

قال في كتاب الحدود في الزنا من "النكت": قال بعض شيوخنا من القرويين: إن

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 288/4.

(2) انظر: الرسالة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا)، ص: 77.

(3) كلمتا (وإذا سكر) ساقطتان من (ز) و(ع2) وما أثبتناه موافق لما في موطأ مالك.

(4) كلمة (هَذَى) ساقطة من (ز).

(5) الموطأ، لمالك: 5 /1234.

(6) كلمة (قال) زائدة من (ز).

(7) رواه مسلم في باب حد الخمر، من كتاب الحدود، في صحيحه: 1331/3، برقم (1707) عن حضين بن المنذر رضي الله عنه.

(8) المدونة (السعادة/صادر): 286/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 4 /306.

(9) في (ب): (حق).

(10) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 302/14 والبيان والتحصيل، لابن رشد: 356/16.

جهل الإمام وأقام الحدَّ على السكران قبل أن يصحو؛ مَضَى ذلك ولا يُعاد عليه.

يريد: لأنَّه يجد ألَمَ ذلك الذي فُعِلَ به بعد صحوه، والحد إنما هو من باب الردع والعقوبة، فذلك يناله ضرورة بعد صحوه كما قلنا فلا يعاد عليه.اهـ[1].

وقال اللخمي في كتاب القطع في السرقة -ونحوه في آخر كتاب القذف لابن رشد في البيان[2]-: لا يحد السكران في سكره عن زنا أو شرب أو فرية، فإن أخطأ الإمام فضربه في سكره وهو طافح لم يجزه، وإن كان خفيفًا أجزأه، وإن كان طافحًا فأذهب ذلك عنه[3] بعض الضرب احتسب بما[4] كان من وقت ذهب عنه؛ إلَّا أن يكون ضربه في الفرية برضا المفترى عليه فيجزئه، فإن قطع للسرقة[5] في سكره؛ أجزأه.

ولو قيل: (يقطع في سكره) لكان له وجه؛ لأنَّ المراد من الضرب [وجود][6] الألم وهو ذاهبٌ عن السكران، والمراد من القطع النكال بزوالِ العضو لا الألم، فهو بعد صحوه يكون نكالًا بينهم وعِظَةَ لهم.اهـ[7].

وتقدَّم بحثنا معه في قوله: ليس المراد بالقطع الألم[8].

وقوله[9]: (إلَّا برضا المفترى عليه) بناء على أن الحقَّ له، أو مراعاةً للخلاف.

وأمَّا تشطره بالرِّق، فقال في "الموطأ": مالك عن ابن شهاب أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ حَدِّ الْعَبْدِ فِي الْخَمْرِ فَقَالَ: بَلَغَنِي أَنَّ عَلَيْهِ نِصْفَ حَدِّ الْحُرِّ فِي الْخَمْرِ.اهـ[10].

وفي كتاب الرجم من "المدونة": وحدُّ العبد في الخمر والسكر والفرية أربعون

---

(1) النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 288.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 356/16.

(3) في (ز): (عليه).

(4) كلمتا (احتسب بما) يقابلهما في (ز): (اكتسب ما).

(5) كلمة (للسرقة) يقابلها في (ز): (في السرقة).

(6) كلمة (وجود) زائدة من تبصرة اللخمي.

(7) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6117/11

(8) انظر النص المحقق: 9/ 54.

(9) كلمة (وقوله) ساقطة من (ز).

(10) الموطأ، لمالك: 5/ 1234.

جلدة.اهـ[1].

وثبوت الشرب بالإقرار وبالبينة على الشرب بعَدْلَين؛ قال ابن عبد السلام: لا خلافَ في هذين الطريقين[2].

قلتُ: وهو كذلك وإن كنت لا أذكر الآن من نصَّ على الإقرار هنا غير المصنف، وابن شاس[3]، وابن الحاجب[4]، ومن مرَّ على طريقتهم.

ثُمَّ قال ابن عبد السلام: ويسلك[5] في الإقرار هنا إذا رجع لشبهةٍ أو لغير شبهة ما تقدَّم في الزنا والسرقة.اهـ[6].

قلتُ: وظاهر ما حكى في ترجمة (ما يصلح فيه العفو) من "النوادر" عن عمر ﵁ أنَّه إن كذَّب المقر نفسه يقبل؛ لأنَّه هَمَّ أن يحدَّ أبا محجن؛ لإقرارِه في شِعره بشرب الخمر، فقال: صدق الله تعالى وكذبت، قال الله تعالى[7]: ﴿وَٱلشُّعَرَآءُ﴾ إلى قوله ﷻ: ﴿مَا لَا يَفۡعَلُونَ﴾ [الشعراء:226] فلم يحدَّه، وعزله عن العمل[8].

وأمَّا ثبوته بالشهادة على الشمِّ؛ فقد تقدَّم قوله في "المدونة": وكذلك إن شهدت عليه بينة أن به رائحة مسكر؛ جلد الحد.اهـ[9].

وفي "النوادر": من كتاب ابن المواز، ومن "العتبية" من سماع ابن القاسم: وعمن توجد[10] به رائحة مسكر، فإن شهد عليه به ذوا عدل أنَّه شرب مسكرًا؛ حُدَّ، وإن لم يستيقن، وكان من أهل السفه؛ نكل، وإن كان مرضيًا في حاله؛ لم يكن عليه

(1) المدونة (السعادة/صادر): 252/6، وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 347/4.

(2) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 31/17.

(3) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1177/3.

(4) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 781/2.

(5) في (ب): (يسلك).

(6) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 31/17.

(7) عبارة (وكذبت قال الله تعالى) ساقطة من (ب).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 318/14.

(9) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 261/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 288/4.

(10) كلمتا (وعمن توجد) يقابلهما في (ع2): (ومن وجد).

شيء.

ثُمَّ قال بعد كلام: ومن إجازة الشهادة بالاستنكاه[1] أن أبا هريرة شهد أنَّه قاءها ولم يشهد[2] أنَّه[3] يره شربها، وأكَّد ذلك عمر بقوله: "فلا وربك مَا قَاءَهَا حَتَّى شَرِبَهَا"[4].اهـ[5].

وقال اللخمي فيه وفي غيره الحد في الخمر يقام بثلاث: بمعاينة الشرب إذا بقي مما يشرب ما يعلم أنَّه خمر، وبرائحة[6] الخمر توجد من فيه، وإذا تقيَّأها.

قال محمد: وقد جلد عمر في القيء، وقال: "فلا وربك ما قاءها حتى شربها"، وإن أشكل هل هي رائحة خمر؟ أو لا؟ فإن دلَّ على الخمر تغير عقله وتخليطه؛ حمل عليه، وإلَّا فلا يحد.

وقال ابن الماجشون في كتاب محمد: قد يختبر[7] بقراءةِ ما لا شكَّ في معرفته به من السور القصار، فإن لم يقرأ والتاث[8]، واختلط فقد شرب مسكرًا، وحاله شاهدٌ عليه؛ فيحد، وإن اختلط كلامه ولا رائحة خمر عليه، ولا شك فيها؛ لم يحد.

وقال ابن القصَّار: صفةُ الشاهدين على الرَّائحة أن يكونا ممن شربها[9] إمَّا في كُفْر أو معصية ثُمَّ تابا.

وسئل ابن القاسم: أيعمل بالاستنكاه؟

قال: نعم، وهو رأس الفقه.

---

(1) ابن منظور: اسْتَنْكَهَهُ: شَمَّ رائحة فمه.اهـ من لسان العرب: 550/13.

(2) كلمة (يشهد) زائدة من (ع2).

(3) كلمة (أنه) ساقطة من (ز).

(4) رواه ابن شبة في تاريخ المدينة: 845/3.

وأبو نعيم في الحلية: 15/9، عن عمر رضي الله عنه.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 301/14 و302.

(6) في (ز): (ورائحة).

(7) في (ز): (يميز).

(8) الجوهري: الْتاثَ في عمله: أبطأ.اهـ من الصحاح: 291/1.

(9) في (ب): (يشربها).

[ز:685/ب] قال اللخمي: وفي مسلم أن النبي ﷺ أمر أن يستنكه ماعز هل شرب / خمرًا[1]، ففيه دليلان:

القضاء بالرائحة، وأن[2] إقرار السكران لا يلزم.

وقال مالك في كتاب محمد: إذا لم تدر تلك الرائحة؛ نكل على قدر سفهه.اهـ[3].

وقال ابن يونس: قال ابن القاسم في الاستنكاه: أرى أن يعمل به، وقاله أصبغ، وقد حضرتُ العمري القاضي وعنده ابن وهب وجماعة من العلماء فأمَرَ بالاستنكاه، ففاوهه بالكلام والمراجعة، ثُمَّ أدخل مشمه[4] في شدقه، فقطع عليه أنها خمر؛ فجَلَدَه.

قال: وأحب إليَّ أن يستنكهه اثنان كالشهادة، فإن لم يكن إلَّا واحد؛ فعليه الحدُّ إذا كان الإمام هو الذي أمره بالاستنكاه حين استرابه، وأمَّا إن كان شاهدًا عليه بالاستنكاه من قبل نفسه؛ فلا يجوز إلَّا اثنان كالشهادة.اهـ[5].

---

(1) روى مسلم في باب من اعترف على نفسه بالزنا، من كتاب الحدود، في صحيحه: 1321/3، برقم (1695) عن بريدة رضي الله عنه قال: جَاءَ مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، طَهِّرْنِي، فَقَالَ: «وَيْحَكَ، ارْجِعْ فَاسْتَغْفِرِ اللهَ وَتُبْ إِلَيْهِ»، قَالَ: فَرَجَعَ غَيْرَ بَعِيدٍ، ثُمَّ جَاءَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، طَهِّرْنِي، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «وَيْحَكَ، ارْجِعْ فَاسْتَغْفِرِ اللهَ وَتُبْ إِلَيْهِ»، قَالَ: فَرَجَعَ غَيْرَ بَعِيدٍ، ثُمَّ جَاءَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، طَهِّرْنِي، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: مِثْلَ ذَلِكَ حَتَّى إِذَا كَانَتِ الرَّابِعَةُ، قَالَ لَهُ رَسُولُ اللهِ: «فِيمَ أُطَهِّرُكَ؟» فَقَالَ: مِنَ الزِّنَى، فَسَأَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَبِهِ جُنُونٌ؟» فَأُخْبِرَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَجْنُونٍ، فَقَالَ: «أَشَرِبَ خَمْرًا؟» فَقَامَ رَجُلٌ فَاسْتَنْكَهَهُ، فَلَمْ يَجِدْ مِنْهُ رِيحَ خَمْرٍ.

(2) في (ز): (أن).

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1625 و1626 وما تخلله من قول محمد وقول الإمام مالك فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 304/14 وقول ابن القاسم فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 301/14.

(4) في (ز): (فشمة).

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 435/11.

وكلامهما[1] مختصر من "النوادر"[2].

والأكثر على عدم اعتبار الرائحة؛ لاحتمال أكله بعض ما يوافق رائحته رائحة الخمر، أو يكون لم يبتلعها؛ لأنَّ الحدَّ بالخمر يجاوز رائحة[3] الفم إلى داخل الحلق، كالذي يُحْكم عليه بأنَّه مُفْطِر للصائم.

وقال ابن عبد السلام في قول اللخمي: (إنَّ حديث ماعز يدل على الحدِّ بالرائحة يحتمل أمره ﷺ باستنكاهه[4]؛ ليكون سكره مانعًا من إقامةِ حدِّ الزنا عليه، وليس فيه ما يدل على أنَّه لو وجد فيه ريح الخمر لحدَّه حد الخمر.اهـ[5].

وهو ظاهر.

[6]وما ذكر ابن القصَّار مِنْ أن الشهادة بها لا تكون إلَّا ممن شربها، قال الباجي وغيره: لا يحتاج إلى ذلك.

قال ابن عبد السلام: وهو الصحيح؛ إذْ لا تخفى رائحتها على كثيرٍ من الناس، فيحمل الشاهد ذلك ما تحمل.اهـ[7].

وهو ظاهر.

وأمَّا قوله: (**وإنْ خُولِفا**) فقال في "النوادر" عن ابن القاسم: وإذا شهد بعض الشهود في الرائحة من الرجل أنها رائحة مسكر.

وقال بعضهم: ليست برائحة مسكر، فإذا اجتمع عدلان أنها رائحة مسكر؛ جُلِد، وإن أشكل وكان الرجل لا بأس به؛ ترك فقد يشرب الصالح نبيذًا حلالًا له رائحة، وإن كان سفيهًا استقرئ ما لا يخطئ مثله من قصار المفصل، فإن اعتدل ترك، وإن

---

(1) في (ب): (وكلاهما).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 301/14 و302.

(3) كلمتا (يجاوز رائحة) يقابلهما في (ز): (لمجاوزتها).

(4) في (ع2) و(ز): (باستنكاها).

(5) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 31/17 و32.

(6) هاهنا استأنف الشارح نقله من شرح جامع الأمهات.

(7) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 32/17.

اختلط تبين أنَّه شرب مسكرًا، ويحد، وإن شكَّ في ذلك وهو مُتَّهم؛ عوقب بالتهمة، وقاله ابن الماجشون وغيره، وإن تحقَّقت الرائحة؛ حُدَّ، وإن لم[1] يختلط، ولا يستبرأ بشيء.

قال مطرِّف عن مالك: إن شكَّ أهي رائحة مسكر أو غيره، أو أخذ على مشربة ولم يسكر، ولم يعرف ما نبيذهم، فإنْ كان معتادًا؛ ضرب سبعين ونحوها، وإن لم يكن معتادًا؛ فخَمْسين ونحوها؛ عبدًا كان في هذا أو حرًّا، ولو جرى الأمر في هذا على نحو الحدود؛ لاستخفَّ بمثل ذلك كثير من أهل الفسق حتى يصير تسليطًا لهم، وكذا رأيتُ الناس يعملون عندنا، وقال نحوه أصبغ؛ إلَّا أنَّه قال: دون السبعين.اهـ[2].

وقال غير واحدٍ من الأشياخ: إن العمل على البينة التي تيقَّنت الرائحة كالعمل على البينة التي شهدت بأن المسروق بلغ النصاب كما ذكر في "المدونة" في اختلافِ المقومين في السرقة، ومن رأى ذلك الاختلاف شبهة تدرأ الحد؛ يلزمه[3] أن يرى ذلك هنا.

وجازَ لإِكْراهٍ، وإِسَاغَةٍ؛ لا دَواءٍ، ولَوْ طِلاءً

يعني أنَّ شرب المسكر يجوز للإكراه؛ أي: إذا أُكْرِهَ أحدٌ على شربه، ولإساغة اللقمة به إن[4] اختنق بها، وقد تقدَّم ذلك عند الكلام على الحدِّ بما فيه كفاية[5].

وقوله: (لا دَواءٍ)؛ أي: ولا يجوز شرب المسكر للدواء، ولو كان التداوي به (طِلاء)؛ أي: يطلى به محل الأذى من خارج الجسد، وأتى بـ(لَوْ) تنبيهًا على الخلاف الكائن في التداوي بالخمر، فإن الباجي وغيره خصَّصه بما إذا كان التداوي به خارجَ الجسد[6]، ....

(1) كلمة (لم) ساقطة من (ز).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 302/14 و303.

(3) في (ب): (فيلزمه).

(4) في (ز): (بأن).

(5) انظر النص المحقق: 9/ 58.

(6) انظر: المنتقى، للباجي: 4 /282.

وأمَّا بالشرب[1]؛ فممنوعٌ اتفاقًا.

فـ(دَواء) مخفوض بالعطف على (إِساغَة)، و(إِكْراه)، و(طِلاءً) منصوب على أنَّه خبر كان؛ أي: ولو كان التداوي بالمسكر طلاءً، فإن كان مراده بـ(طِلاءً) هـذا المعنى الذي شرحنا به فقد وافق النقل، لكنه مخالف للغة؛ لأنَّه إنما يقال فيه هـذا المعنى[2] طليًا.

قال الجوهري: طَلَيْتَهُ بالدهن وغيره طَلْيًا.اهـ[3].

ويحتمل أن يريد: لا يتداوى بالمسكر، ولو كان من / النوع الذي يسمى الطلاء، [ز:686/أ] وهـذا الخلاف هكذا، وإن لم أقف عليه لكنه من المختلف في شُرْبه، فينبني[4] الخلاف في التداوي به على ذلك.

ويحتمل -على بُعد[5] في اللفظ- أن يريد: وجاز بكذا[6] ولو كان طلاءً، لكن الخمر المجمع عليها تجوز؛ لما ذكر، فأحرى الطلاء، فلا يحسن الإغياء به إلَّا أن يكون غيَّ به لمطلق إفادة[7] الخلاف في الجواز، فقد يحتمل ذلك على بُعْدٍ -أيضًا- إذْ لو أراد[8] هذا المعنى لذَكَره بعد قوله: (جِنْسُه)، أو في مثل ذلك الموضع.

أمَّا النصوص الدالة على أن الخمر لا يجوز التداوي بها من غير فرق بين الشرب وغيره فكثيرة منها؛ قول ابن أبي زيد في "الرسالة": ولا يتعالج بالخمر ولا بالنجاسة، ولا بما فيه ميتة، ولا بشيءٍ مما حرَّم الله.اهـ[9].

---

(1) في (ع2): (الشرب).

(2) عبارة (الذي شرحنا به... هذا المعنى) ساقطة من (ب).

(3) الصحاح، للجوهري: 2415/6.

(4) في (ب): (فيبنى).

(5) كلمة (بُعد) ساقطة من (ز).

(6) في (ب): (لكن).

(7) في (ب): (إرادة).

(8) ما يقابل عبارة (إذ لو أراد هذا) طمس في (ع2).

(9) الرسالة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا)، ص: 95.

وقال ابن الجلَّاب في كتاب الأطعمة: ولا يشرب الخمر[1] مضطرٌّ، ولا يتعالج بها، ولا بشيء من النجاسات كلها.اهـ[2].

وفي جامع "التلقين": ولا يجوز -يعني: التداوي بالمحرم المحظور.اهـ.

وقد قدَّمنا نصَّ ابن الجلاب عند قول المصنف: (**بِلا عُذْرٍ**)[3].

وأمَّا تصحيح كلامه هنا على الاحتمال الأول، فقال في "النوادر" عن كتاب ابن المواز: ولا يحل أن يجعل خمرًا ومسكرًا[4] من الأشربة في نضوح، أو دريرة، أو دهن، أو طيب، أو غاسول يدلك به النساء، قد كره ذلك العلماء، ونهى عنه ابن عمر وعائشة وغيرهما.

وقال: وإن عجن الدلوك بعصير؛ فلا بأس به، وكذلك إن جعل فيما ذكرنا من نضوح وغيره[5]، وإن اختمر به ذلك بعد ذلك؛ لأنَّه غير الذي جُعِلَ فيه وحال به عن[6] أن يصيرَ خمرًا.

قال: وقد نهى النبي ﷺ عن التداوي بالخمر[7]، وقال: «**ليس فيما حَرَّمَ الله ﷻ شفاءً**»[8]، ورُوِّينا عن غيرِ واحدٍ من الصحابة والتابعين النهي عن ذلك، فمنهم عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر، وغيرهم -رضي الله عن جميعهم- ونهى ابن عمر أن

---

(1) في (ب) و(ع2): (خمر).

(2) التفريع، لابن الجلاب (العلمية): 321/1.

(3) انظر النص المحقق: 9/ 58.

(4) كلمة (ومسكرًا) يقابلها في (ز): (أو مسكرًا).

(5) كلمة (وغيره) يقابلها في (ز): (أو غيره).

(6) في (ز): (على).

(7) روى مسلم في باب تحريم التداوي بالخمر، من كتاب الأشربة، في صحيحه: 1573/3، برقم (1984) عن وائل بن حجر ﵁، أَنَّ طَارِقَ بْنَ سُوَيْدٍ الْجُعْفِيَّ، سَأَلَ النَّبِيَّ ﷺ عَنِ الْخَمْرِ، فَنَهَاهُ - أَوْ كَرِهَ - أَنْ يَصْنَعَهَا، فَقَالَ: إِنَّمَا أَصْنَعُهَا لِلدَّوَاءِ، فَقَالَ: «إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ، وَلَكِنَّهُ دَاءٌ».

(8) ضعيف، روى ابن راهويه في مسنده: 139/4، برقم (1912).

والطبراني في الكبير: 326/23، برقم (749) كلاهما عن أم سلمة ﵂، "نَبَذْتُ نَبِيذًا فِي كُوزٍ، فَدَخَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَهُوَ يَغْلِي فَقَالَ: «مَا هَذَا»؟ قُلْتُ: اشْتَكَتِ ابْنَةٌ لِي فَنَبَذْتُ لَهَا هَذَا، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «إِنَّ اللهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ»، وهذا لفظ ابن راهويه.

يسقي لناقته، وفعل ذلك بها غلمان له فأبى أن يركبَها.

وكره مالك[1] أن يداوى دبر الدواب بها[2]، وقد روي ذلك عن ابن عمر أنَّه نهى عنه.اهـ[3].

فلعلَّ قوله: (يدلك به النساء) هو الذي أراد المصنف بقوله: (طِلاء)، ومن الطلاء -أيضًا- مداواة دبر الدواب بها.

وقال الباجي في "المنتقى" في آخر كتاب الصيد حين ذكر أن[4] مشهورَ المذهب أنَّه لا يحل التداوي بالميتة في أثناء كلامه على المسألة: إنما الخلاف في استعماله خارج البدن.اهـ[5].

فلعلَّ المصنف أشار بقوله: (ولَوْ طِلاءً) إلى هذا؛ لأنَّ الحكم في الميتة والخمر سواء.

وأمَّا على الاحتمال الثاني والثالث، فقال في "النوادر": ومن كتاب ابن المواز: ولا أحُدُّ في طبيخ العصير ذهاب ثلثيه، وإنما أنظر إلى السكر.

وقال أشهب: وإن نقص تسعة أعشاره.

قيل لمالك: الطبخة حد؟

قال: كنت أسمع إذا ذهب ثلثاه.

قال ابن المواز وابن حبيب: وروي عن ابن عمر نهيه عن الطلاء الذي يطبخ[6]، فمنه ما يذهب ثلثاه، ومنه ما يذهب نصفه، ومنه ما يذهب ثلثه، وقال: إنَّ ما تذهب الشمس من خمركم أكثر مما يذهب [في][7] النار من طلائكم، فذكر له قول عمر في الطلاء فقال: قد استُحِل بعمر معاصي الله، إن شربت الطلاء فاشرب الخمر وبِعها

---

(1) كلمة (مالك) زائدة من (ز).

(2) عبارة (دبر الدواب بها) يقابلها في (ب): (بها دبر الدواب) بتقديم وتأخير.

(3) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 299/14.

(4) كلمة (أن) ساقطة من (ب).

(5) انظر: المنتقى، للباجي: 282/4.

(6) في (ب): (طبخ).

(7) حرف الجر (في) زائد من نوادر ابن أبي زيد.

وكل ثمنها.

قال ابن حبيب: كأنَّه رآه ذريعة إلى شربها، ونهى عنه عمر بن عبد العزيز، وقال: إن لم يتناه الناس عن الخمر قلعت الكروم، وقال: لو اقتصر الناس على ما أباح منه عمر؛ لم أنههم عنه.

قال ابن حبيب: وإن هذا ليعجبني لمنعِ الذرائع، وأن ينهى عنه العامة، ومن تحفظ في خاصته فعله إن ذهب ثلثاه وأيقن أنَّه لا يسكر.اهـ ببعض اختصار(1).

وفي "المدونة": وكنت أسمع أن المطبوخَ إذا ذهب ثلثاه لم يكره، ولا أرى ذلك، ولكن إذا طبخ حتى لا يسكر كثيره؛ حلَّ، وإن أسكر كثيره؛ حرم قليله.اهـ(2).

وانظر كلام ابن يونس(3) واللخمي.

وترك التداوي بالخمر هو الصحيح؛ لقوله ﷺ على ما في كتاب الأشربة من "صحيح مسلم" حين قال له القائل(4): إِنَّمَا أَصْنَعُهَا لِلدَّوَاءِ، فَقَالَ: «إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ، وَلَكِنَّهُ دَاءٌ»(5).

[ز:686/ب] وفي كتاب البيوع من "الإكمال" حين تكلَّم على صبِّ الخمر في الطرق حين / تحريمها ما نصُّه: فيه دليلٌ على منع الانتفاع بها ألبتة، وعلى منع تخليلها، ولو كان جائزًا لبيَّنه النبي ﷺ ولنصحَهم(6) في ترك إضاعة المال كما نصحهم(7) عند مخافة(8) تحريمها في الحديث قبل هذا، وكما نبَّه في جِلْد الميتة.

ثُمَّ قال: وفيه -أيضًا- منع الانتفاع بها للتداوي وغير ذلك من العطش عند عدم الماء، أو لتجويز لقمة غُصَّ بها، وهذا قول مالك والشافعي وغيرهما، وأجاز ذلك أبو

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 292/14 و293.

(2) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 262/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 4 /288.

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 442/11.

(4) كلمة (القائل) ساقطة من (ب).

(5) تقدم تخريجه. انظر النص المحقق: 9/ 78.

(6) في (ع2): (لنصحكم).

(7) في (ع2): (نصحكم).

(8) في (ز): (مخالفة).

حنيفة، وأحمد، وقاله بعض أصحابنا، ورُوِيَ عن الشافعي نحوه إذا خاف التلف، وقاله أبو ثور.اهـ[1].

فانظر قوله: (قاله بعض أصحابنا) هل يرجع للتداوي وغيره فيكون من الخلاف الذي أشار إليه المصنف بـ(لَوْ) على الاحتمال الأول، أو يرجع للعطش خاصة؟

وفي سماع أشهب وابن نافع في كتاب القذف من "العتبية" من رسم العقول: وسئل عن المرأة تعمل من التمر[2] والزبيب نضوحًا تمتشط[3] به قال: أرجو ألا بأس به، قيل له: ربما اشتكى الرجل فيشربه من أجلِ شكوته؟ قال: لا خير فيه إذا أرادوا أن يتداووا فليتداووا بما أحلَّ الله، يريد: أن يقاربَ ما حرم الله، ولا أرى بأسًا أن تمتشط به المرأة.

وسئل أتجعل في رأسها من نبيذ التمر والزبيب جميعًا؟

قال[4]: ما سمعت (أنهما لا يخلطان) فلا أرى أن تجعل في رأسها منه، لقد قام عليها رأسها بالغلاء.

قال ابن رشد في كتاب الأشربة من "مختصر" ابن عبد الحكم: إن النضوح من الخليطين لرأس المرأة مكروه، وفيه -أيضًا- إجازته على ترخيص، والقولان قائمان من هذه الرواية إذا اعتبر الكلام فيها؛ لأنَّه قال في أولها: لا بأس بذلك، وفي آخرها: فلا[5] أرى [أن تجعل في رأسها منه شيئًا][6]، فمن جعل النهي عبادة وعمَّم الحديث لم يجزه، ومن لم يحمله على عمومه، وقال: المراد الشرابُ الذي يشرب، وعلل النهي بإسراع الشدة والإسكار إلى الشراب بخلطهما أو خلط أصولهما في الانتباذ أجاز[7] ذلك.اهـ[8].

---

(1) إكمال المعلم، لعياض: 250/5.

(2) في (ز): (الثمرة).

(3) في (ز): (لتمشط).

(4) في (ز): (فقال).

(5) في (ب): (فما) وهي ساقطة من (ز).

(6) عبارة (أن تجعل في رأسها منه شيئًا) زائدة من بيان ابن رشد.

(7) كلمتا (الانتباذ أجاز) يقابلهما في (ب): (الانتباذ إذا أجاز).

(8) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 294/16 و295.

وانظر هل يتناول ما أشار إليه من مبنى الخلاف التداوي بها؟ أم لا،؟ وحديث عمر في الطلاء[1] الذي تقدمت الإشارة إليه في نقل "النوادر"، ونقله ابن يونس[2]، وأصله في "الموطأ" أن عمر ﷺ حِينَ قَدِمَ الشَّامَ شَكَا إِلَيْهِ أَهْلُهُ[3] وَبَاءَ الْأَرْضِ وَثِقَلَهَا، وَقَالُوا: لَا يُصْلِحُنَا إِلَّا هَذَا الشَّرَابُ، فَقَالَ عُمَرُ: اشْرَبُوا الْعَسَلَ، فَقَالُوا: لَا يُصْلِحُنَا الْعَسَلُ، فَقَالَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْأَرْضِ: هَلْ لَكَ أَنْ نَجْعَلَ لَكَ مِنْ هَذَا الشَّرَابِ شَيْئًا لَا يُسْكِرُ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَطَبَخُوهُ حَتَّى ذَهَبَ مِنْهُ الثُّلُثَانِ وَبَقِيَ الثُّلُثُ، فَأَتَوْا بِهِ عُمَرَ فَأَدْخَلَ فِيهِ إِصْبَعَهُ ثُمَّ رَفَعَ يَدَهُ، فَتَبِعَهَا يَتَمَطَّطُ، فَقَالَ: هَذَا الطِّلَاءُ هَذَا مِثْلُ طِلَاءِ الْإِبِلِ فَأَمَرَهُمْ عُمَرُ أَنْ يَشْرَبُوهُ، فَقَالَ لَهُ عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ أَحْلَلْتَهَا وَاللهِ، فَقَالَ عُمَرُ: كَلَّا وَاللهِ اللَّهُمَّ[4] إِنِّي لَا أُحِلُّ لَهُمْ شَيْئًا حَرَّمْتَهُ عَلَيْهِمْ، وَلَا أُحَرِّمُ عَلَيْهِمْ شَيْئًا حلَلْتَهُ لَهُمْ». اهـ[5].

[صِفَةُ الجَلْدِ في الحُدود]

والحُدُودُ بِسَوْطٍ وضَرْبٍ مُعْتَدِلَيْنِ قاعِدًا بِلا رَبْطٍ ولا شَدِّ يَدٍ بِظَهْرِهِ وكَتِفَيْهِ، وجُرِّدَ الرَّجُلُ والمَرْأَةُ مِمّا يَقِي الضَّرْبَ، ونُدِبَ جَعْلُها فِي قُفَّةٍ

لمَّا فرغ من الكلام على موجبات الحد أخذ في ذكر صفة الحدود، ويعني بها[6] التي تكون بالجَلْد؛ لأنَّ ما يكون منها بقتل، أو رجم، أو قطع قد بيَّنه، فلم يبقَ ما هو مراده منها هنا إلَّا حد الزاني البكر، وحد القذف، وحد الخمر؛ فقال: إنها تكون بسوطٍ لا[7] بقضيب ولا غيره.

(**مُعْتَدِل**)؛ أي[8]: بين الجديد الذي لم يستعمل بَعد؛ فإنه يخاف منه، والبالي

(1) في (ع2): (المطلا).

(2) انظر: الجامع، لابن يونس: **436/11**.

(3) كلمة (أهله) ساقطة من (ب).

(4) كلمة (اللهم) زائدة من (ز).

(5) انظر: الموطأ، لمالك: **1241/5**.

(6) في (ب): (به).

(7) في (ز): (ولا).

(8) في (ب): (من).

الذي صار بالاستعمال لا يؤلم، وتكون -أيضًا- بضرب معتدل؛ أي: متوسط بين القوي واللين.

فـ(مُعْتَدِلَيْنِ) صفة لـ(سَوْط) و(ضَرْب) جميعًا، وبـ(ضَرْب) خبر (الحُدُود)، و(قاعِدًا) حال من المضروب الذي يستلزمه ذكر الضرب والحد، وهو المحدود؛ أي: يضرب المحدود(1) حالة كونه قاعدًا لا قائمًا ولا مضطجعًا، و(بِلا رَبْطٍ) حال أخرى منه؛ أي: وكائنًا بلا ربط بخشبة أو نحوها؛ بل مخلى لنفسه، (ولا شَدٍّ) عطف على (رَبْط)، و(يَدٍ) مضاف إليه.

(شَدّ)؛ أي: وكائنًا -أيضًا- بلا شدِّ يديه؛ بل مخلاهما، ولو استغنى / (بِلا رَبْط) [ز:687/أ] عن (ولا شَدِّ يَدٍ) لكان أخصر؛ لاندراج شدِّ اليد في الضرب.

والباء في (بِظَهْرِهِ) بمعنى (في) أو (على)، وهي متعلقة بـ(ضَرْب)، أو بالعامل في الخبر؛ أي: ويضرب(2) المحدود أو كائن ضرب المحدود في ظهره وكتفيه أو عليهما، ولا يكون في بطن ولا رأس ونحوهما.

(ويجرد المضروب)؛ أي: محل الضرب منه، وهو الظهر(3) والكتفين حتى يقع الضرب مباشرًا للحمِهِ إن كان رجلًا، وإن كان امرأة فإنما تجرد مما يقيها الضرب ويدفع ألمه عنها لو بقي عليها كالجبة الغليظة والفروة، ولا تجرد مما لا يقيها الضرب كالقميص؛ لأنَّ كشف لحمها عورة لا يجوز لغير ضرورة.

(ونُدِبَ جَعْلُهَا)؛ أي: المرأة المحدودة.

(فِي قُفَّةٍ) قالوا: ويجعل شيء من التراب في تلك القفة؛ محافظة على ستر ما عسى أن يخرج منها من الحدث عند الضرب؛ لضعفِها.

وما ذكر من عدم ربط المحدود إنما ذلك إذا أمكن مِنْ نفسه، وأمَّا إن خِيف هروبه فليفعل به من الربط وغيره ما يتوصل معه إلى حَدِّه.

---

(1) عبارة (أي: يضرب المحدود) ساقطة من (ز).

(2) في (ز): (وضرب).

(3) في (ب): (الضرب).

ونص ما ذكره في هذا الفصل من "المدونة" قوله فيها[1] في كتاب الرجم: ويضرب المحدود في الزنا والقذف والخمر على ظهره، ويجرد الرجل في الحدِّ والنكال، ويكشف ظهره بغير ثوب، ويقعد ولا يقام ولا يمد، وتجلد المرأة وتقعد، ولا تجرد مما لا يقيها الضرب، وإن جعلت على ظهرها ما يقيها[2] الضرب، من لبد ونحوه؛ نُزِع.

وبلغ مالكًا أن بعض الأئمة أقعد امرأة للجلد في قفة، فأعجبه ذلك.

وصفة الجلد في الزنا والشرب والفرية والتعزير واحد؛ ضربٌ بين ضربين، ليس بالمبرح ولا بالخفيف، ولم يحد مالك ضم الضارب يده[3] إلى جنبه.

ولا يجزئ في الحدود الضرب بقضيب، ولا شراك، ولا درة، ولكن السوط، وإنما كانت درة عمر للأدب، فإذا وقعت الحدود؛ قرب السوط.اهـ[4].

فإن قلتَ: ليس في نصها وصف السوط بالاعتدال.

قلتُ: قوله: (ضرب بين ضربين) يستلزمه؛ لأنَّ الضرب المتوسط إذا كان بسوط جديد يصير مبرحًا، وبسوط بالٍ يصير خفيفًا، وهو ظاهر.

فإن قلتَ: ليس فيه ذكر الكتفين.

قلتُ: يتضمَّنهما ذكر الظهر.

وفي الجلَّاب: والجَلد في الحدود كلها سواء في الإيجاع، ويضرب المحدود بسوط لين، ولا يضرب بسوط[5] جديد، ولا خلق بال.

ويجرد الرجل لضربِ الحد من ثيابه، ولا تجرد المرأة، ولكن ينزع عنها ما يقيها الضرب من الفراء والجباب، وما أشبه ذلك من الثياب.

ويضرب الرجل والمرأة قاعدَيْن، ويترك لهما أيديهما ولا يشدان إلَّا أن يهربا، ولا

---

(1) كلمة (فيها) زائدة من (ب).

(2) عبارة (لا يقيها الضرب... ما يقيها) ساقطة من (ز).

(3) كلمة (يده) ساقطة من (ز).

(4) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 243/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 342/4.

(5) عبارة (لين ولا يضرب بسوط) ساقطة من (ز).

يمكّنا من إقامة الحد؛ فيجوز إمساكهما وشدهما[1] إذا احتيج إلى ذلك.اهـ[2].

وفي "النوادر": ابن حبيب: ينبغي أن تقام الحدود كلها علانية بلا سر؛ للتناهي[3]، وضرب الخمر أشدها.

ولمالك عند غير ابن حبيب: وليعلن بإقامتها.

وله عنده وعند غيره: وليجعل الإمام رجلًا عدلًا لإقامتها، كفعلِ الصديق رضي الله عنه.

قال محمد بن عبد الحكم: وأحب إليَّ ضربها بين يدي القاضي؛ لئلا يتعدى فيها.

ومن كتاب ابن المواز: ولا يختار لها قوي ولا ضعيف، ولكن وسط من الرجال، ولا يتعمد أشد الضرب المقطع ولا أضعفه، ولكن يوجع ويعتبر ذلك بما[4] روي عنه صلى الله عليه وسلم في السوط ونحوه.

قال ربيعة: وقد قال علي بن أبي طالب للجالد في الخمر: "اضرب وَدَعْ له يديه يتَّقي بهما"[5]، قال: ويضرب على الظهر والكتفين دون سائر الأعضاء.

قال مالك: والذي قال: على الأعضاء كلها ما سمعت أحدًا من العلماء ممن يعرف ذلك ولا يراه.

ولابن القاسم في "العتبية": لا بأس ببقاء ثوبين على المرأة وينزع ما سواهما.اهـ مختصرًا[6].

وقال اللخمي[7]: وتقعد المرأة في قفة، ويجعل فيها تراب وماء، فإن حدث منها

---

(1) في (ب): (ونشرهما).

(2) التفريع، لابن الجلاب (العلمية): 221/2 و222.

(3) ما يقابل كلمة (للتناهي) بياض في (ز).

(4) في (ز): (لما).

(5) رواه البيهقي في باب ما جاء في صفة السوط والضرب، من كتاب جماع أبواب صفة السوط، في سننه الكبرى: 566/8، برقم (17576) عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 306/14 و307 وما تخلله من قول العتبية فهو بنحوه في البيان والتحصيل، لابن رشد: 349/16.

(7) ما يقابل كلمة (اللخمي) بياض في (ز).

ماء خفي أن يكون حدثًا.اهـ[1].

وفي "النوادر": قال ابن حبيب: وليس[2] عليه مع الضرب سواه من حلقٍ[3] ولا طوافٍ ولا سجنٍ إلَّا[4] المدمن المعتاد المشهور بالفسق، فلا بأس أن يطاف به ويشهر ويفضح[5].

واستحب[6] [مالك][7] أن يلزم مثل هذا السجن.اهـ[8].

[مسائل في التعزير]

[ز:687/ب]

وعَزَّرَ الإمامُ لِمَعْصِيَةِ اللهِ أَوْ لِحَقِّ آدَمِيٍّ حَبْسًا ولَوْمًا، وبالإقامَةِ ونَزْعِ العِمامَةِ، وضَرْبٍ بِسَوْطٍ أَوْ غَيْرِهِ وإِنْ زادَ عَلَى الحَدِّ أَوْ أَتَى عَلَى النَّفْسِ

لمَّا فرغ من ذكر الحدود المحدودة بالسُّنة التي ليس لأحدٍ فيها زيادة ولا نقص، شرع في ذكر العقوبات التي لا تحدُّ بحدٍّ؛ فقال: إن (الإمام)؛ أي: الحاكم من سلطان أو قاض أو غيرهما: يعزِّر؛ أي: يعاقِب لأجل معصية الله إذا صدرت من أحدٍ من الناس، أو لأجل حق لآدمي استهان به فيه؛ إما[9] بشتمه، أو ضربِه، أو أخذِ ماله، أو نحو ذلك من حقوق الآدميين؛ يحبس الجاني لمعصية الله، أو لحق آدمي في السجن؛ لما صدر منه إن كان ممن يستحق السجن، أو[10] يلومه؛ أي: توبيخه وعيبه على فعله؛ لكونه ممن ينزجر بذلك[11]، ولا يحتاج إلى أكثر من تلك العقوبة، وقد تكون

---

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا):6179/11.

(2) في (ز): (وقال).

(3) في (ز): (حلاقٍ).

(4) ما يقابل عبارة (طواف ولا سجن إلَّا) بياض في (ز).

(5) ما يقابل كلمتي (يشهر ويفضح) بياض في (ز).

(6) في (ز): (ويستحب).

(7) كلمة (مالك) زائدة من نوادر ابن أبي زيد.

(8) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 308/14.

(9) في (ب) و(ع2): (أو).

(10) في (ز): (أي).

(11) في (ب): (لذلك).

عقوبة الجاني لأحد الأمرين.

(بالإِقامَةِ)؛ أي: يأمره أن ينتصبَ قائمًا بحضرة الجالسين إن كان ممن يكبر عليه ذلك، وبأمره[1] بنزع عمامته إن كان ممن لا يفعل ذلك لغير الأدب.

ويُعَاقَبُ بالضربِ بالسوط أو غيره[2] مِنْ قضيبٍ أو شراكٍ أو دُرَّةٍ أو نحوها من لا ينزجرُ بشيءٍ من الأمور المتقدمة، وإن زاد عدد ذلك الضرب[3] على أكثر الضرب في الحدود، أو أتى[4] ذلك الضرب على نفس المضروب؛ أي: كان في ذلك الضرب هلاكه وموته إذا كان بحسب الاجتهاد، فإِنَّ العقوبات التي لم تحد يختلف الأمر فيها باختلاف الجناية والجاني والمجني عليه إن كان آدميًّا، فيحتاج الحاكم إلى النظر[5] في هذه الأحوال، ويفعل كل[6] ما يستحقه من العقوبات، فرُبَّ جانٍ ينزجر باللوم[7] بالكلام، وآخر لا يفيد فيه ذلك، ويفيد فيه ما فوق ذلك كالسجن، وآخر لا ينزجر إلَّا بالضرب المبرح، وقد يتجافى عن آخر ولا يعاقب بالكلية كالفاضل تقع منه الفلتة في جانب الماجن[8] الذي لا يبالي بما يصنع.

أمَّا التعزير للمعصية؛ فلا شكَّ فيه، وتتَبُّع ما وقع من ذلك في المذهب قد يعجز الحصر، ومن ذلك ما في القطع في السرقة من "المدونة" من قوله: وإذا أكل المسلم لحم الخنزير؛ عُوقب.

وإن شرب خمرًا في رمضان؛ جُلِدَ للخمر ثمانين، ثُمَّ يُضرب للإفطار في رمضان،

---

(1) في (ز): (ولأمره).

(2) في (ع2): (بغيره).

(3) كلمة (الضرب) ساقطة من (ز).

(4) كلمتا (أو أتى) يقابلهما في (ز): (وأتى).

(5) الجار والمجرور (إلى النظر) يقابلهما في (ب) و(ع2): (فهل نظر) وما يقابل كلمة (إلى) بياض في (ز) ولعل ما أثبتناه أصوب.

(6) في (ب) و(ع2): (بكل).

(7) كلمتا (ينزجر باللوم) يقابلهما في (ب): (ينزجر له باللوم).

(8) ما يقابل كلمة (الماجن) بياض في (ز).

وللإمام أن يجمع ذلك عليه أو يُفَرِّقه.اهـ[1].

ومن ذلك ما ذكر[2] في ترجمة صفة ضرب الحدود من "النوادر" ونصُّه: قال مالك: ومن شرب خمرًا في نهار رمضان؛ حُدَّ ثمانين للخمر، وجلد بعد ذلك نكالًا لما تجرَّأ[3] عليه من الشهر.

قال محمد: ورُوي نحوه عن علي رضي الله عنه أنَّه جلده لذلك عشرين بعد الحد، وذكره ابن حبيب عن علي؛ إلَّا أنَّه قال: حده ثُمَّ سجنه ثُمَّ جلده بالغد عشرين جلدة.

قال محمد: ورُوي أن عمرَ رضي الله عنه جلد قدامة في الخمر ثمانين، وزاده ثلاثين، قال: وهذه لتأويلك لكتاب الله جل جلاله على غير تأويله فيما تأوَّل من قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓاْ﴾ [المائدة:93].اهـ[4].

وفي كتاب الصيام من اللخمي: ومَنْ ظهر[5] عليه أنَّه أَكَلَ أو شرب في رمضان؛ عُوقب بقدرِ ما يرى أن فيه رَدْعًا له ولغيره مِنْ ضربٍ أو سجن أو كليهما، ثُمَّ الكفارة؛ ليعاقب في المال والجسم.

ويختلف فيمن أتى مستفتيًا [ولم يظهر عليه][6]؛ فلمالك في "المبسوط": لا يعاقب وأخشى[7] أن لا [يأتي أحدٌ][8] يستفتي في ذلك، ولم يعاقب النبي صلى الله عليه وسلم السائل[9]، ويجري فيه قولٌ بالعقاب قياسًا ....

---

(1) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 291/6 و292 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 308/4.

(2) في (ع2): (ذكره).

(3) ما يقابل كلمة (تجرأ) بياض في (ز).

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 311/14.

(5) في (ز): (ظاهر).

(6) عبارة (ولم يظهر عليه) زائدة من تبصرة اللخمي.

(7) في (ب): (وأخشية).

(8) كلمتا (يأتي أحدٌ) زائدتان من تبصرة اللخمي.

(9) روى البخاري في باب إذا جامع في رمضان، ولم يكن له شيء، فتصدق عليه فليكفر، من كتاب الصوم، في صحيحه: 32/3، برقم (1936).

ومسلم في باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم، ووجوب الكفارة الكبرى فيه وبيانها، من كتاب الصيام، في صحيحه: 781/2، برقم (1111) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه، قَالَ: =

على شاهد الزور يأتي تائبًا[1]، ففي كتاب السرقة: يعاقب، وقال سحنون: لا يعاقب.

والأول أحسن، ولو سقطت العقوبة لما ذكر لما حُدَّ المقر، وأرى أن ينظر فإن كان السائل من أهل الستر، ومَنْ يرى[2] أن ذلك منه فلتة؛ لم يُشْهِد عليه لما أُمِرْنَا به من الستر، وإن كان مشتهرًا وعرف منه قلة المراعاة لدينه؛ شهد عليه وعوقب.اهـ[3].

ومن التعزير لحق الآدمي ما تقدَّم فيمن نسب إلى غيره سرقة، ومن ذلك قوله في القذف في "المدونة": ومَنْ قذف عبدًا أو أم ولد؛ أُدِّبَ، ومن قذف ذميًّا؛ زجر عن أذى الناس كلهم، ومن قذف نصرانية، ولها بنون مسلمون أو زوج مسلم؛ نكل بأذاه المسلمين.

ثُمَّ / قال: ومن قال لرجل: يا فاجر، أو: يا فاسق، أو قال له[4]: يا ابن الفاجرة أو: يا ابن الفاسقة؛ فعليه في ذلك النكال. [ز:688/أ]

ثُمَّ قال: والنكال على قدرِ ما يرى الإمام، وحالات الناس في ذلك مختلفة، فالمعروف بالأذى يبالغ في عقوبته، وأمَّا ذو الفضل والمروءة تقع منه الفلتة؛ فليعاقب في الشتم الفاحش عقوبةَ مثله، وإن كان[5] شتمًا خفيفا؛ فليتجاف عنه.

ومن قال لرجل: يا شارب خمر، أو: يا خائن، أو: يا آكل الربا، أو: يا حمار، أو:

=

بَيْنَمَا نَحْنُ جُلُوسٌ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ، إِذْ جَاءَهُ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ هَلَكْتُ. قَالَ: «مَا لَكَ؟» قَالَ: وَقَعْتُ عَلَى امْرَأَتِي وَأَنَا صَائِمٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «هَلْ تَجِدُ رَقَبَةً تُعْتِقُهَا؟» قَالَ: لاَ، قَالَ: «فَهَلْ تَسْتَطِيعُ أَنْ تَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ»، قَالَ: لاَ، فَقَالَ: «فَهَلْ تَجِدُ إِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا». قَالَ: لاَ، قَالَ: فَمَكَثَ النَّبِيُّ ﷺ، فَبَيْنَا نَحْنُ عَلَى ذَلِكَ أُتِيَ النَّبِيُّ ﷺ بِعَرَقٍ فِيهَا تَمْرٌ - وَالعَرَقُ المِكْتَلُ - قَالَ: «أَيْنَ السَّائِلُ؟» فَقَالَ: أَنَا، قَالَ: «خُذْهَا، فَتَصَدَّقْ بِهِ» فَقَالَ الرَّجُلُ: أَعَلَى أَفْقَرَ مِنِّي يَا رَسُولَ اللهِ؟ فَوَاللهِ مَا بَيْنَ لاَبَتَيْهَا - يُرِيدُ الحَرَّتَيْنِ - أَهْلُ بَيْتٍ أَفْقَرُ مِنْ أَهْلِ بَيْتِي، فَضَحِكَ النَّبِيُّ ﷺ حَتَّى بَدَتْ أَنْيَابُهُ، ثُمَّ قَالَ: «أَطْعِمْهُ أَهْلَكَ»، وهذا لفظ البخاري.

(1) كلمة (تائبًا) زائدة من (ب).

(2) في (ب): (رأى).

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 801/2 و802 وما تخلله من قول المدونة فهو بنحوه في المدونة (السعادة/صادر): 283/6 وقول سحنون فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 437/8.

(4) كلمة (له) ساقطة من (ز).

(5) كلمة (كان) ساقطة من (ز).

يا ابن الحمار، أو: يا ثور، أو: يا خنزير؛ فعليه النكال.اهـ[1].

وهو كثير.

وتقدَّم ما ذكر في "النوادر" فيمن وجد على مشربة ولم يسكر، ولم يعرف ما نبيذهم عند قول المصنف: (وإِنْ خُولِفا)، وقال فيها هناك: قال مطرِّف: وإذا أخذ سكران في الأسواق، وقد آذى الناس برمي أو أشهرَ سيفًا؛ فقال مالك: أرى أن يزاد في عقوبة مثله فيضرب مع الحد نحو الخمسين، أو المائة، أو المائتين[2]، ويعلن ذلك، ورأيتُ غلامًا بالمدينة أتى بمن معه جرة مسكر[3] فأمر أن تصب على رأسه إشهارًا له.

وقال مالك فيمن وُجِدَ مع قوم يشربون ولم توجد منه رائحة، وقد يقول: إني صائم: ما له ولمثل هذا، أرى أن يعاقب؛ لحضورِه ذلك[4].

وفيها أيضًا: ومن كتاب ابن حبيب قال مطرِّف: أتى هشام بن عبد الله المخزومي قاضي المدينة -وهو من صالح قضاتها- برجلٍ خبيث يعرف باتباع الصبيان، لصق بغلام[5] في زحام الناس حتى أفضى، فبعث به هشام إلى مالك، فقال: أترى[6] أن أقتله[7]؟

قال: لا[8]، ولكن تعاقبه عقوبةً موجعةً.

قال: كم؟

قال: ذلك إليك، فأمر به هشام فجلد أربعمائة سوطٍ، وألقي في السجن، فما لبث

---

(1) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 221/6 وما بعدها وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 329/4 و330.

(2) كلمتا (أو المائتين) يقابلهما في (ز): (والمائتين).

(3) في (ز): (مسكرا).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 303/14.

(5) كلمة (بغلام) ساقطة من (ز).

(6) في (ع2): (أرى).

(7) في (ز): (قتلته).

(8) حرف النهي (لا) ساقط من (ز).

أن مات[1]، فذكر ذلك لمالك فما استنكره، ولا رأى أنَّه أخطأ.

وذكر الحكاية العتبي عن مطرِّف أيضًا.

قيل لمطرِّف في الكتابين: فكم أقصى ما يبلغ في الأدب في المعروف بالجرم؟

قال: ثلاثمائة سوط فما دون.

قال مالك في مثل هؤلاء المشهورين بالفساد والظلم: إن الضرب قلَّ ما ينكلهم، ويسجنون أبدًا، ويثقلون بالحديد حتى تظهر توبتهم وتثبت عند الإمام فيخليهم.

قال ابن حبيب عن مطرِّف عن مالك فيمن يبتز بالجارية أو الغلام من أهل المرادة[2] والناس ينظرون حتى يغيب فلا يدري ما فعل؛ أن يضرب ثلاثمائة وأربعمائة؛ بكرًا كان أو ثيبًا، وحكم بذلك برأي مالك، وكان هشام بن عبد الله لا يؤتى بأحد بيده حديدة من حدائد اللصوص إلَّا رضَّ يده[3] إن كان من أهل الخبث والريب، فقال مالك: لا أعرف الرض، ولو قطع كان أولى.

ومن أمر الناس عندنا[4] الشهرة لأهل الفسق رجالًا ونساء[5]، ويعلن بجلدهن[6] ويكشف وجه المرأة عند ذلك، وتكشف من الثياب إلَّا ما يواريها لا يصف خلقها ولا يحجبها[7] من الضرب، وتشد في مكتل[8]، ويُشَهَّر الرجال بلا مثلة، وقاله أصبغ، واستكثر أربعمائة، وقال: دون هذا، وأنكر القطع وقال: بدلًا منه الجلد الشديد والتخليد في السجن.

قال ابن حبيب: وذلك إلى اجتهاد العدل.

---

(1) في (ز): (تاب).

(2) في النوادر والزيادات: (المراودة).

(3) في (ز): (بيده).

(4) كلمة (عندنا) زائدة من (ز).

(5) كلمة (ونساء) يقابلها في (ز): (أو نساء).

(6) في (ز): (بجلدهم).

(7) في (ز): (يحميها).

(8) ما يقابل كلمة (مكتل) بياض في (ز).

ثُمَّ قال عن كتاب ابن المواز: قال ابن القاسم عن مالك: ومن العقوبات ما يخف فيعاقب[1] على ثيابه وفوق رأسه، وربما كان بالسجن.اهـ[2].

فقد تضمَّنت هذه النصوص من العقوبات التي ذكرها المصنف الحبس والضرب بالسوط.

وأمَّا الضرب بغيره؛ فقد تقدَّم قوله في "المدونة": وإنما كانت درة عمر للأدب[3].

وأمَّا باقي ما ذكر من العقوبات، فقد يدخل في قوله في "المدونة": والنكال على قدر ما يرى الإمام، وحالات الناس في ذلك مختلفة[4].

وفي قول ابن حبيب: إلى اجتهاد العدل[5].

قلتُ: ومما جرى عليه عمل القضاة بالمغرب في هذا الزمان -وهو أوائل القرن التاسع- وقبله بزمان التأديب بضربِ القفا مجردًا بالأكف ويسمونه الززَّ -بزائين معجمين[6] الثاني منهما مضعف مما تماثلت فاؤه وعينه[7] ولامه- وقد تدخل هذه العقوبة فيما نقل ابن المواز عن ابن القاسم من قوله: وفوق رأسه[8].

وأمَّا الإقامة ونزع العمامة على التعيين؛ فلم أره لغير ابن الحاجب[9]، وابن شاس، وتعيين اللوم بالقول ذَكَره في "البيان"، ونقله ابن شاس، ولا شكَّ في صحة ما ذكروا لدخول هذه / الأمور المعينة في عمومِ[10] نصوص المتقدمين. [ز:688/ب]

---

(1) ما يقابل كلمة (فيعاقب) بياض في (ز).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 313/14 وما بعدها.

(3) انظر النص المحقق: 9/ 84.

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 330/4.

(5) قول ابن حبيب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 315/14.

(6) ما يقابل عبارة (الززَّ بزائين معجمين) بياض في (ز).

(7) كلمتا (فاؤه وعينه) يقابلهما في (ب): (عينه وفاؤه) بتقديم وتأخير.

(8) قول ابن القاسم بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 315/14.

(9) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 782/2.

(10) كلمتا (في عموم) ساقطتان من (ب).

ومن التأديب باللوم ما في الصحيح من لومه ﷺ لأسامة حين قتل الذي قال: لا إله إلَّا الله[1].

ونص ابن شاس: قال الأستاذ أبو بكر: وفي أخبار الخلفاء المتقدمين أنهم كانوا يقابلون الرجل على قدره، وقدر جنايته، فمنهم من يضرب، ومنهم من يحبس، ومنهم من يقام واقفًا على قدميه في تلك المحافل، ومنهم من تنزع عمامته، ومنهم من تحل أزراره.

قال: قال أصحابنا: ويلزم النكال على قدرِ القائل، والمقول له، والقول، فإن كان القائل ممن لا قدر له أو عُرِفَ بالأذى، والمقول له من أهل الخيرِ والصيانة؛ كانت العقوبة أشد.

وإن كانا من أهل الخير والصيانة؛ كانت العقوبة أخف، إلَّا أن يكون مضمون القول الأمر الخفيف؛ فلا يعاقب ويزجر بالقول[2].

وإن كان القائل ممن له قدر وهو معروفٌ بالخير، والمقول له على غير ذلك؛ زُجِرَ بالقول.

قال مالك: وقد يتجافى السلطان[3] عن الفلتة.اهـ[4].

ومن سماع أشهب وابن نافع عن مالك في كتاب القذف من "العتبية": وسئل عن الرجل يقال له: يا كلب، فقال[5]: ذلك يختلف... المسألة.

قال ابن رشد في آخر كلامه عليها: فقولُ الرجل للرجل: يا كلب يفترق فيه ذو الهيئة من غيره في القائل والمقول له، فأمَّا إذا[6] كانا من ذوي الهيئة؛ عُوقِب القائل عقوبة خفيفة بها، ولا يبلغ به السجن.

---

(1) تقدم تخريجه في باب الردة. انظر النص المحقق: 8/ 34.

(2) كلمة (بالقول) يقابلها في (ز): (لا بقول).

(3) في (ب): (الناس) وكلمتا (يتجافى السلطان) يقابلهما في (ز): (يتجاوز السلطان).

(4) عقد الجواهر، لابن شاس: 1178/3 وما تخلله من قول الإمام مالك فهو بنصِّه في المدونة (السعادة/صادر): 223/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 325/4.

(5) في (ب): (قال).

(6) كلمتا (فأمَّا إذا) يقابلهما في (ز): (فإن).

وإن كانا من غير ذوي الهيئة؛ عُوقب القائل أشد من عقوبة الأول يبلغ به فيها السجن، وإن كان القائل من ذوي الهيئة، دون[1] المقول له؛ عوقِب بالتوبيخ ولا يبلغ به الإهانة ولا السجن.

وإن كان المقول له من ذوي الهيئة دون القائل؛ عوقب بالضرب، فهذا وجه الحكم في هذه المسألة.اهـ[2].

وأمَّا ما ذكر من زيادة التعزير على الحدِّ، وأنَّه قد يأتي على النفس؛ فقد تقدَّم ذلك في نقل "النوادر"[3].

وقال في كتاب القذف من "البيان" حين تكلَّم على مسألة صاحب[4] الحمار الذي كشف المرأة، وما فعل به مروان.

قال مطرِّف بن عبد الله في "المبسوطة": الأدب موكولٌ إلى اجتهاد الحاكم، وإن أتى على النفس.

وله في "الواضحة": أقصى ما يؤدَّب المعروف بالجرم ثلاثمائة.

وقال أصبغ: أقصاه في ذي الجرم البيِّن مائتان، وعنه ذلك إلى اجتهاد الإمام، وإن أتى على النفس، وقد روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنَّه قال: «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ»[5].

وذهب إلى هذا محمد بن مسلمة، وقال: انتهى غضب الله في الزاني[6]

---

(1) كلمتا (الهيئة دون) يقابلهما في (ب) و(ع2): (الهيئة والمقول دون) وما رجحناه موافق لما في بيان ابن رشد.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 301/16 وما بعدها.

(3) انظر النص المحقق: 9/ 90-91.

(4) كلمة (صاحب) ساقطة من (ز).

(5) ضعيف، رواه الطبراني في الكبير: 153/21، برقم (197).

والبيهقي في باب ما جاء في التعزير وأنه لا يبلغ به أربعين، من كتاب جماع أبواب صفة السوط، في سننه الكبرى: 567/8، برقم (17584) كلاهما عن النعمان بن بشير رضي الله عنه.

(6) في (ع2): (الزنا).

[والزانية][1] إلى مائة جلدة، وقال: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ﴾ [النور:2] [فلم يجعل عليهما أكثر من ذلك][2]، ولا يتجاوز في العقوبة ثمانون سوطًا.

وروى عبد الله بن مسلمة بن قعنب عن مالك: لا يتجاوز فيها خمسة وسبعين، وكان يقول: الأدب عندي دون الحد، والمشهور المعلوم من مذهبه أن ذلك إلى اجتهادِ الإمام، وهو مذهب ابن القاسم.

وقال أبو حنيفة: لا يبلغ بالضرب أكثر من ثلاثة أسواط في الأدب، ولا يزاد عليها إلَّا في حدٍّ، ورُوي ذلك عن[3] الليث بن سعد، وقال أبو يوسف: لا يبلغ في الأدب ثمانون.

وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة: لا يبلغ فيه مائة، ومن أهل العلم مَنْ رأى أنَّه لا يضرب في الأدب أكثر من عشرة أسواط على ما روى أبو بردة عن النبي ﷺ «لَا تَجْلِدُوا فَوْقَ عَشَرَةِ أَسْوَاطٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللهِ»[4].اهـ[5].

وفي "الإكمال" حين تحدَّث على قوله ﷺ: «**لَا يُجْلَدُ أَحَدٌ فَوْقَ عَشَرَةِ أَسْوَاطٍ**[6]**، إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللهِ**»، قال الإمام -يعني: المازري-: هذا خلاف مذهب مالك؛ لأنَّه يجيز في العقوبات فوق هذا وفوق[7] الحدود؛ لضرب عمر رضي الله عنه "من نقش على خاتمه مائة"، "وضرب صبيغًا أكثر من الحد"[8]، وأخذ أحمد

---

(1) كلمة (والزانية) زائدة من بيان ابن رشد.

(2) عبارة (فلم يجعل عليهما أكثر من ذلك) زائدة من بيان ابن رشد.

(3) حرف الجر (عن) ساقط من (ب).

(4) متفق على صحته، رواه البخاري في باب كم التعزير والأدب، من كتاب الحدود، في صحيحه: 174/8، برقم (6850).

ومسلم في باب قدر أسواط التعزير، من كتاب الحدود، في صحيحه: 1332/3، برقم (1708) كلاهما عن أبي بردة الأنصاري رضي الله عنه.

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 279/16.

(6) جملة (وفي الإكمال لا يجلد... عَشَرَةِ أَسْوَاطٍ) ساقطة من (ز).

(7) في (ب): (فوق).

(8) روى الدارمي في باب من هاب الفتيا وكره التنطع والتبدع، في سننه: 252/1، برقم (146) عن

بظاهره، [فلم يزد في العقوبات على العشرة][1]، وتأوَّل أصحابنا بزمنه[2] ﷺ؛ لأنَّه كان[3] يكفى الجاني منهم هذا القدر، وبأن معنى «فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللهِ»؛ أي: في حقٍّ من حقوقه، وإن لم يكن من المعاصي المُقَدَّر حدودها؛ لأنَّ المحرمات كلها من حدوده.

وقال أبو حنيفة: لا يبلغ التعزير أربعين، وقاله الشافعي، وقال -أيضًا-: لا يبلغ عشرين؛ لأنَّه أدنى حد العبد / في الخمر. [ز:689/أ]

وقال بعضهم: لا يبلغ ثمانين.

قال عياض: لظاهر[4] الحديث قال أشهب في بعض الروايات عنه، واحتج بالحديث، واختلف فيه[5] مذهب مالك وأصحابه، والمشهور عنه وعنهم أنَّه موكولٌ إلى الاجتهاد.

ثُمَّ ذكر مذاهب العلماء، وذكر عن ابن أبي ذئب وابن أبي يحيى: لا يزاد على ثلاثة، وقاله أشهب في مؤدِّب الصبيان، قال: فإن زاد اقتُصَّ منه.

وعن بعض الشافعية: لا يجاوز تعزير كل أحد حده.اهـ[6].

وفي كتاب[7] الحدود من "شرح ابن بطال للبخاري" في باب كم التعزير والأدب: قال ابن القصَّار: جلد عمر رضي الله عنه من زوَّر عليه كتابًا ونقش مثل خاتمه مائة، =

سليمان بن يسار، أَنَّ رَجُلًا يُقَالُ لَهُ صَبِيغٌ قَدِمَ الْمَدِينَةَ فَجَعَلَ يَسْأَلُ عَنْ مُتَشَابِهِ الْقُرْآنِ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ عُمَرُ رضي الله عنه وَقَدْ أَعَدَّ لَهُ عَرَاجِينَ النَّخْلِ، فَقَالَ: مَنْ أَنْتَ؟ قَالَ: أَنَا عَبْدُ اللهِ صَبِيغٌ، فَأَخَذَ عُمَرُ عُرْجُونًا مِنْ تِلْكَ الْعَرَاجِينِ، فَضَرَبَهُ وَقَالَ: أَنَا عَبْدُ اللهِ عُمَرُ، «فَجَعَلَ لَهُ ضَرْبًا حَتَّى دَمِيَ رَأْسُهُ،» فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، حَسْبُكَ، قَدْ ذَهَبَ الَّذِي كُنْتُ أَجِدُ فِي رَأْسِي.

(1) عبارة (فلم يزد في العقوبات على العشرة) زائدة من إكمال عياض.

(2) ما يقابل كلمة (بزمنه) بياض في (ز).

(3) كلمة (كان) ساقطة من (ب).

(4) في (ب) و(ع2): (بظاهر) ولعل ما رجحناه أصوب.

(5) كلمة (فيه) زائدة من (ز).

(6) انظر: إكمال المعلم، لعياض: 547/5 و548.

(7) كلمة (كتاب) ساقطة من (ز).

ثُمَّ شفع له قوم، فقال: أذكرتني الطعن وكنت ناسيًا؛ فجلده مائة أخرى، ثُمَّ جلده بعد ذلك مائة أخرى ثلاثمائة بحضرة الصحابة، ولم ينكر ذلك أحدٌ، فثبت أنَّه إجماع.

قال: ولمَّا كان طريق التعزير إلى اجتهاد الإمام على حسب ما يغلب على ظنه أنَّه يردع، وكان في الناس من يردعه الكلام، ومنهم من لا يردعه مائة سوط، وهي عنده كضرب المروحة؛ لم يكن للتحديد معنى، وكان مفوضًا إلى ما يؤدِّيه اجتهاده أن مثله يردع.اهـ(1).

[مسائل من باب الضمان]

وضَمِنَ ما سَرَى؛ كَطَبِيبٍ جَهِلَ أَوْ قَصَّرَ أَوْ بِلا إِذْنٍ مُعْتَبَرٍ، وَلَوْ إِذْنَ عَبْدٍ بِفَصْدٍ أَوْ حِجامَةٍ أَوْ خِتانٍ

يعني أن الإمام إذا عزَّر وأخطأ وجه الصواب في التعزير، وسرى من ذلك هلاك أو عيب لا ينشأ عن مثل التعزير على(2) تلك الجريمة؛ فإنَّ الإمام يضمن ما سرى في المعزَّرِ من ذلك، وما بلغ من ذلك ثلث دية المعزَّر فأكثر؛ فعلى عاقلة الإمام، وما كان أقل من الثلث؛ ففي ماله، وهذا كله فيما كان من الإمام على وجهِ الخطأ، وأمَّا ما كان منه على وجه العمد؛ فعليه القصاص.

وعلم أن مراد المصنف الخطأ لا العمد من قوله: (ضَمِنَ)، ومنه -أيضًا- يعلم ما ذكرنا من أن ما دون الثلث في ماله، وما بلغ الثلث فأكثر على عاقلته؛ لأنَّ ذلك حكم ضمان الديات كما تقدَّم في محله؛ هذا أقرب ما يحمل عليه هذا(3) الكلام، ويؤيده تشبيهه بـ(طَبِيبٍ جَهِلَ، أَوْ قَصَّرَ)، وهو أيضًا الموافق للنقل.

ولا يصح أن يقال: معنى كلامه أن الإمامَ إذا عزَّر باجتهاده، ولم يظهر خطؤه فتولد من تأديبه هلاك أنَّه يضمن؛ لأنَّ هذا يناقض قوله: (أَوْ أَتَى عَلَى النَّفْسِ)، وإنما يحسن هذا التفسير في كلام ابن الحاجب؛ لأنَّه لم يغي التعزير بما غيَّاه به المصنف؛

(1) انظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال: 486/8 و487.

(2) في (ب) و(ع2): (عن) ولعل ما رجحناه أصوب.

(3) عبارة (الثلث في ماله... عليه هذا) زائدة من (ز).

بل قال في التعزير: (وَلا يَنْتَهِي إِلَى الْقَتْلِ)، وقال أيضًا: (وَالتَّعْزِيرُ جَائِزٌ بِشَرْطِ السَّلامَةِ، فَإِنْ سَرَى فَعَلَى الْعَاقِلَةِ، بِخِلافِ الْحَدِّ)[1]، على أن هذا -أيضًا- كما قال ابن عبد السلام: مشكل؛ إذِ الولاة والآباء مأمورون بالتعزير، فتضمينهم ما سرى مع أمرهم به كتكليف ما لا يطاق.اهـ[2].

قلتُ[3]: وهو ظاهر، لولا أن التضمين من خطاب الوضع، وشرحُ كلام ابن الحاجب -أيضًا- بما[4] شرح به كلام المصنف أَوْلَى، ويكون معنى قوله: (بشرط السلامة)؛ أي: بشرط أن يكون ما يؤدبه به من ضرب أو غيره مما يقول العارفون فيه لو عرض عليهم أن هذا القدر لا يؤدي إلى الهلاك، ولعلَّ هذا هو معنى قول ابن عبد السلام: ما أمنت عاقبته غالبًا، وإلَّا فشرط الشيء لا يتأخر عنه.اهـ[5].

قلتُ: وإذا كان معنى كلامه عنده[6] هذا لم يحسن[7] اعتراضه عليه بقوله: وفيه صعوبة؛ إذِ الولاة... إلى آخر ما نقلنا عنه، وفي التحقيق لا يحمل كلام ابن الحاجب إلَّا على هذا المعنى، وإلَّا كان مخالفًا للنقل؛ لأنَّ فِعْل الإمامَ إذا كان على وجه الصواب فيما يجتهد[8] فيه، أو على الوجه الذي حُدَّ له فيما لا يجتهد فيه، ثُمَّ نشأ منه تلف؛ لا ضمان فيه كما ترى، وقد بان أن كلام ابن الحاجب مخالِفٌ لما نقلنا عن مالك من انتفاء التعزير إلى الموت في الحكاية المذكورة، ونظيرها في "العتبية" -أيضًا- في رجل خلا بصبي وجرَّده من ثيابه[9].

ففاعل (ضَمِنَ) ضمير الإمام.

---

(1) جامع بين الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 2 /782.

(2) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 42/17.

(3) كلمة (قلت) زائدة من (ز).

(4) في (ز): (لما).

(5) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 42/17.

(6) ما يقابل عبارة (الشيء لا يتأخر... كلامه عنده) طمس في (ع2).

(7) في (ز): (يجيز).

(8) في (ز): (ظهر).

(9) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 277/16 و278.

وقوله: (كَطَبِيب... إلى آخره)؛ أي[1]: كما يضمن الطبيب ما سرى عن فعلِه من هلاك إذا كان جاهلًا بالطب لكن يتعاطاه ولا علم له به، ففاعل (جَهِلَ) ضمير الطبيب، / ومفعوله محذوف؛ أي: عِلْم الطب أو صناعته، والجملة صفة لـ(طَبِيب). [ز:689/ب]

و(قَصَّرَ) عطف على (جَهِلَ)؛ أي: أو كان عالمًا بصناعة الطب إلَّا أنَّه قصَّر في العلاج؛ إمَّا في مجاوزة الحد المحتاج، أو في التقصير عنه حتى تولَّد عن فعله هلاك، أو كان عالمًا ولم يقصِّر إلَّا أنَّه داوى العليل بغير إذن مَن يُعتبر إذنه، إمَّا بغير إذن العليل نفسه إن كان مالكًا[2] أمره في ذلك، أو بغير إذن من ينظر له إن لم يكن كذلك[3]؛ كالصبي والعبد.

ويحتمل أن يريد بغير إذنٍ من السلطان لمَنْ يتولَّى العلاج.

والنقل يوافق هذه الاحتمالات كلها كما ترى، فإنه -أيضًا- يضمن[4] ما نشأ من فعله مع عدم الإذن ممن يعتبر، ولو كان ذلك الإذن من عبد لطبيب أن يفصده أو يحجمه أو يختنه، ففَعَل الطبيب وتولَّد منه هلاك؛ فإنه يضمن ولا ينتفع بإذن العبد؛ لأنَّه مِلْك لسيده[5] فهو الناظر في ذلك.

فـ(لَوْ) في قوله: (ولَوْ إِذْنَ) إغيائية؛ لأنَّه لم يأتِ لها بجواب، ولأجلِ الخلاف أتى بها.

و(بِلا إِذْنٍ) يتعلق بفعل محذوف معطوف على (قَصَّر) تقديره: طب أو دواء أو نحوه، و(إِذْن) يصح أن يكون غير منون؛ لإضافته إلى (مُعْتَبَر)، فيكون معتبرًا صفة للشخص الآذن حُذِفَ وأقيمت صفته مقامه.

ويحتمل[6] ويصح أن ينون (إِذْن) ويكون (مُعْتَبَر) صفة له، واعتبار الإذن باعتبار

---

(1) كلمة (أي) ساقطة من (ز).

(2) في (ع2): (ملكا).

(3) في (ز): (ذلك).

(4) كلمة (يضمن) ساقطة من (ب).

(5) في (ب) و(ع2): (للسيد) ولعل ما رجحناه أصوب.

(6) كلمة (ويحتمل) زائدة من (ع2).

من صدر[1] منه، وقد يترجح التنوين؛ لقوله: (وَلَوْ إِذْن)، ولو كان غير منون و(مُعْتَبَر) واقع على الشخص؛ لقال: (ولو عبدًا) ولو فَعَل هذا لكان أخصر وأَوْلى.

وفي بعض النسخ عطف (لَوْ) بـ(أو) مكان الواو فيكون عطفًا على (أَوْ قَصَّرَ).

أما ضمان الإمام والطبيب في خطئهما على الجملة؛ فقال في القطع في السرقة من "المدونة": وما بلغ من خطأ الإمام ثلث الدية فأكثر؛ فعلى عاقلته مثل خطأ الطبيب والمعلم والخاتن.

قال ابن القاسم: وأبى مالك أن يجيبنا في خطأ الإمام بشيء.اهـ[2].

وإنما أبى الإمام من الجواب؛ لأَنَّه إن أجاب بعدم الضمان بطلت الدماء، وإن أجاب بالضمان؛ كان مشقة على الحكَّام مع كثرةِ ما ينالهم من ذلك، وقد يمتنعون من التولية فتتعطَّل الأحكام.

وأَمَّا أن خطأهما لا يكون إلَّا مع مخالفة وجهِ الصواب فيما شرع لهما فعله؛ فقال في آخر كتاب أحكام الدماء من "النوادر": قال ابن حبيب: قال أصبغ: وروى ابن وهب عن يحيى بن سعيد كل حاكم بين المسلمين من أميرٍ أو قاضٍ أو صاحب شرطة، فما كان عن عقوبتهم من موت عن حد أو أدب؛ فهدر، وما كان عن ظلم بيِّنٍ؛ فالقود في عمده[3]، والعقل في خطئه.

قال أصبغ: وهو قولنا وجماعة علمائنا أنَّ من أتى على يديه في حدٍّ أقامه أو قصاص أو أدب أو غيره، كإجازته شهادة نصراني أو عبد أو مسخوط ولم يعلم إلَّا بعد القصاص والحد؛ فلا شيء عليه؛ لأَنَّه مجتهد ولم يتعمد ظلمًا، ولا كان منه خطأ، فأَمَّا ما أخطأ فيه من حكم فاقتص ممن لا قصاص عليه في نفسٍ أو جارحة، أو قطع في سرقة لا قطع فيها؛ فمَحْمله[4] محمل الخطأ، عقل ما دون الثلث في ماله، والثلث فأكثر على عاقلته كالطبيب والخاتن والمعلم.

---

(1) في (ب): (قدر).

(2) المدونة (السعادة/صادر): 283/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 304/4.

(3) في (ع2): (عمد).

(4) في (ز): (فحمله).

وإن تعمد حدًّا فقتل أو قطع أو جرح بغير حق ولا شبهة يخطىء فيها إلَّا تعمدًا للظلم؛ فعليه القود.

وما أخطأ به من المال وقد اجتهد؛ فلا شيء عليه، بخلاف خطئه في الدم وما دونه، وما تعمد من إتلاف مال بلا حق ولا شبهة؛ ففي ماله يأخذ به المظلوم مَنْ شاء منه أو من المحكوم له به.اهـ[1].

وأمَّا إن ضمان الطبيب إنما يكون مع الأحوال التي ذكر المصنف، وأن إذن العبد فيما ذكر لا يرفع عنه الضمان؛ فقال في ذلك وفي غيره مما يناسبه[2] قبل هذا المحل من الكتاب المذكور من "المجموعة": قال ابن القاسم: لا ضمان على الطبيب، والحجام، والخاتن، والبيطار إن مات أحد مما صنعوا به، إن لم يخالفوا.

قال مالك: ومعلم الكتاب، أو الصنعة، إن ضرب صبيًّا ما[3] يُعلم أنَّه من الأدب، فمات؛ فلا يضمن، وإن ضربه لغير الأدب تعدِّيًا أو أدَّبه وجاوز به الأدب؛ ضَمِنَ ما أصابه بذلك.

وكذلك الطبيب يعالج إنسانًا، فيؤتَى على يديه، فإن لم يكن له بذلك علم، / أو دخل فيه جرأة وظلمًا، وإن مثله لا يعمل مثل هذا، ولا يعرفه؛ فليستأذن[4] عليه، وليتقدم إليهم الإمام في قطعِ العروق وشبهها أن لا يقدم أحدٌ منهم على مثله إلَّا بإذنه، وينهوا عن الأشياء المخوفة التي يُتَّقى منها الهلاك، ولا يتقدموا فيها إلَّا بإذنِ الإمام، فأمَّا المعروف بالعلاج؛ فلا شيء عليه. [ز:690/أ]

قال ابن نافع، عن[5] مالك: ولينذرهم، ويقول: مَنْ داوى رجلًا فمات؛ فعليه ديته، وأرى ذلك عليهم إذا أنذروا، كأن يسقي صحيحًا؛ فيموت مكانه؛ فهذا سم، أو يقطع عرقًا؛ فلا يزال يسيل دمه حتى يموت.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 227/14 و228.

(2) في (ز): (يناسب).

(3) في (ع2): (مما).

(4) في (ع2): (فليستأذي).

(5) في (ز): (قال).

فأمَّا من يعالج المرضى؛ فمنهم من يعيش، ومنهم من يموت؛ فليس من ذلك، وقد سقى رجلٌ جاريةً بها بهق؛ فماتت من ساعتها، فهل هذا إلَّا سم؟ ولا يضمنون قبل التقدم إليهم.

قال عيسى: من غرَّ من نفسه، لم يغرم ودية ذلك على عاقلته.

قال أشهب [عن مالك](1) فيمن سقاه طبيب دواء؛ فمات، وقد سقى أمة قبله؛ فماتت، أيضمن؟ قال: لا، ولكن لو تقدم إليهم في ذلك، وضمنوا؛ كان حسنًا، ويقال: أيما طبيب سقى أحدًا، أو بطه فمات؛ فعليه ضمان.

روى أصبغ، عن ابن القاسم في طبيب مسلم أو نصراني، سقى مسلمًا دواء؛ فمات؛ فلا شيء عليه، إلَّا أن يقر أنَّه سقاه سمًّا أراد به قتله.

قال ابن حبيب: رُوي عن علي رضي الله عنه في البياطرة والحجامين والمتطببين أن من تقدم منهم على صبي أو مملوك؛ بغير إذن وليه، فقد ضمن.

ومن "المجموعة" قال مالك في الحجَّام يقطع حشفة صغير أو كبير، أو يؤمر بقطع يد في قصاص، فيقطع غيرها، أو يزيد في القصاص: فهو من الخطأ على عاقلته إلَّا دون الثلث؛ ففي ماله، عمل ذلك بأجر أو بغير أجر.

وإن أمَرَه عبد أن يختنه، أو يحجمه، أو يقطع عرقه ففعل(2)؛ ضمن ما أصاب العبد من(3) ذلك إن فَعَله بغير إذن سيده؛ علم أنَّه عبد أو لم يعلم.

وكذلك لو بعثه إلى سفرٍ بغير إذن سيده، فعطب، ثُمَّ استحق قال عنه علي وابن وهب: ومن ضرب عبده فعجز عنه؛ فأمر غيره فضربه فمات؛ لم يضمن، وليكفر.اهـ(4).

وفي كتاب السلطان من "البيان": تحصيل القول في الطبيب إن سقى شيئًا فمات

(1) كلمتا (عن مالك) زائدتان من نوادر ابن أبي زيد.

(2) كلمة (ففعل) زيادة من (ز).

(3) في (ز): (في).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 509/13 و510.

من سقيه، أو كواه فمات من كيه، أو قطع [منه شيئًا][1] فمات من قطعه، أو ختن الحجام فمات الصبي من ذلك، أو قلع ضرسًا فمات منه؛ فلا ضمان على واحدٍ منهما في ماله، ولا على عاقلته إن لم يخطئا في فعلهما، إلَّا أن يتقدم السلطان إليهما ألا يفعلوا ما فيه غرر إلَّا بإذنه، فإن فعلوا ذلك[2] بغير إذنه، فكان منه موت، أو ذهاب حاسة أو عضو؛ ضمنوه في أموالهم، هذا ظاهر ما في رسم العقول.

وقال ابن دحون: ذلك على العاقلة إلَّا فيما دون الثلث، وهو خلاف الرواية المذكورة، فإن أخطأ في فعلهما كسقي مريض ما لا يوافقه، فيموت، أو تزل[3] يد خاتن، أو قاطع، أو كاو، أو كي ما لا يوافقه الكي فيموت، أو قلع حجام ضرسًا غير ما أُمِرَ بها وشبهه، فإن كان من أهل المعرفة، ولم يغرَّ من نفسه؛ فخطؤه على العاقلة إلَّا ما دون الثلث؛ ففي ماله، فإن لم يحسن وغرَّ من نفسه؛ عاقَبه الإمام بالضرب والسجن.

واختُلِفَ في الدية؛ فقيل: في ماله، وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية، وقيل: إن كان خطأً؛ فعلى العاقلة إلَّا أقل من الثلث؛ ففي ماله، وهو قول عيسى بن دينار وظاهر رواية أصبغ عن ابن القاسم في كتاب الديات.

ثُمَّ قال: وحيث لزمت الدية العاقلة؛ لكونه خطأً محضًا، أو ماله لشبه العمد؛ لزمت الكفارة، وحيث لم تلزم الدية[4] لم تلزم الكفارة إلَّا استحسانًا حسب ما قال مالك في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الديات في الصبي تسقيه أمه[5] دواء فيموت.

وإذا تقدم السلطان إلى الأطباء ألا يداووا بما فيه غرر إلَّا بإذنه، فوجه[6] العمل

---

(1) كلمتا (منه شيئًا) زائدتان من بيان ابن رشد.

(2) كلمتا (فعلوا ذلك) يقابلهما في (ز): (فعلوه).

(3) في (ب) و(ع2) و(ز): (تزايد) وما رجحناه موافق لما في بيان ابن رشد.

(4) عبارة (العاقلة لكونه خطأ... تلزم الدية) ساقطة من (ز).

(5) كلمة (أمه) ساقطة من (ب).

(6) في (ز): (فوجب).

في ذلك إذا استؤذِنَ أن يجمع أهل تلك الصناعة، فإن رأوا أن يداوى العليل بذلك الدواء المخوف داواه به، فإن مات؛ فلا شيء عليه ولا على عاقلته، وإن رأوا أن لا يداوى به نهاه عنه، فإن تعدَّى؛ فالضمان في ماله.

وقيل: على عاقلته.اهـ[1].

وأعاد شيئًا من هذا الكلام في كتاب الديات، وللناس خلاف فيما إذا ادَّعى على الطبيب والمؤدب من سيد أو غيره العمد، وادَّعى هو الخطأ هل القول قولهما؟ أو / [ز:690/ب] قول غيرهما؟

قال عياض في أول الجراحات: اختلف متأخرو شيوخنا الأندلسيين فيما كان على وجه الأدب[2]، أو فَعَل ما يباح له ممن يجوز له ذلك على الوجه الذي أُبِيحَ، وحيث أبيح كالحاكم، وضارب الحد، والمؤدب، والأب، والزوج، والخاتن، والطبيب، فقيل: كالخطأ، ويدخلها الاختلاف في شبه العمد، وإلى هذا التخريج ذهب الباجي.

وقيل: إنما فَعَل مِنْ ذلك ما يجوز له، ولم يتعمَّد غلطًا فكاللعب يدخلها ما فيه من الخلاف، وإليه ذهب ابن رشد.اهـ[3].

وكَتَأْجِيج نارٍ فِي يَوْمٍ عاصِفٍ، وكَسُقُوطِ جِدارٍ مَالَ وأُنْذِرَ صاحِبُهُ وأَمْكَنَ تدارُكُهُ، أَوْ عَضَّهُ فَسَلَّ يَدَهُ فَقَلَعَ أَسْنانَهُ، أَوْ نَظَرَ لَهُ مِنْ كَوَّةٍ فَقَصَدَ عَيْنَهُ فَفَقَأَهَا وإلا فَلا كَسُقُوطِ مِيزابٍ أَوْ بَغْتِ رِيحٍ لِنارٍ، كَحَرْقِهَا قائِمًا لِطَفْيِهَا

هذا كله عطف على (كَطَبِيب)؛ أي: وكإشعال نار، وهو معنى تأجيجها.

قال الجوهري: الأجيج[4]: تَلَهُّب النار، وقد أجَّت توج أجيجًا وأججتها

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 348/9 و349.

(2) كلمتا (وجه الأدب) يقابلهما في (ع2): (وجه العمد الأدب).

(3) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 2763/5 و2764 وما تخلله من قول الباجي فهو بنحوه في المنتقى، للباجي: 70/9.

(4) في (ع2): (التأجج).

[فتأَجَّجت][1]، وائتجت -أيضًا- على افتعلت.اهـ[2].

(فِي يَوْمٍ عاصِفٍ)؛ أي: في يوم ريح.

(عاصِفٍ)؛ أي: شديد، حذف ريح وأقيمت صفته مقامه، فإن هذا الفعل موجِبٌ لضمان هذا المؤجِّج ما أحرقت هذه النار كضمان الطبيب الموصوف ما نشأ عن فعله الذي تعدَّى فيه.

وكما يضمن صاحب الجدار المائل إذا أنذره السلطان أو الناس، وقالوا له: تدارك حائطك بهدمه أو تدعيمه، وأمكنه تداركه بذلك، ولم يفعل حتى سقط ذلك الجدار وأتلف شيئًا؛ فإنه يضمنه.

فقوله: (مالَ) فعل ماض فاعله ضمير الجدار، والجملة[3] صفة لـ(جِدَارٍ)، ومفهوم الصفة يقتضي أنَّه إن لم يكن مائلًا وسقط فجأة؛ لم يضمن صاحبه ما أصاب.

وقوله: (وأُنْذِرَ) و(وأَمْكَنَ) جملتان معطوفتان على جملة الصفة، فهما في حكمها، أو حاليتان[4] من (جِدَارٍ) لوصفه، أو من ضميره فاعل (مَال)، ومفهومهما يقتضي أنَّه لو لم ينذر لم يضمن، ولو لم يمكنه تداركه؛ لم يضمن.

وقوله: (أَوْ عَضَّهُ) إلى (أَسْنَانه) عطف على (تَأْجِيج)؛ لأنَّه في معنى أو كان تأَجَّجَ[5]، أو لأنَّ المعنى: (لو[6] عضّ) بصيغة المصدر كما رأيت لفظه في نسخة، وإن احتمل كونه فعلًا -أيضًا-؛ أي: وكما يضمن المعضوضة يده أسنان من عضها فسلها؛ أي: نزعها من فيه- فقلع أسنانه بسبب ذلك النزع؛ فإن المعضوض يضمن أسنان العاض؛ لأنَّ سقوطَها مِنْ سبب فعله.

وقوله: (أَوْ نَظَرَ) إلى (مِيزابٍ) عطف على (عَضَّ)؛ أي: وكما يضمن صاحب

---

(1) كلمة (فتأججت) زائدة من صحاح الجوهري.

(2) الصحاح، للجوهري: 297/1.

(3) كلمة (والجملة) يقابلها طمس في (ع2).

(4) كلمتا (أو حاليتان) يقابلهما في (ب): (وحاليتان).

(5) في (ز): (أجج).

(6) ما يقابل كلمة (لو) غير قطعيّ القراءة في (ب) و(ع2).

الدار عين[1] من نظر إليه من كوة في حائط الدار أو في بابها؛ ليتكشف عليه، فرمى عينه قصدًا إليها فأتلفها، فإن صاحب الدار يلزمه ديتها، وأمَّا إن لم يقصد برميه[2] العين؛ بل قَصَد رميه؛ ليخاف فينصرف[3] فصادَف العين، أو رمى شيئًا لتلك الجهة ولم يقصد العين ولا صاحبها، أو لم يشعر بصاحبها[4]؛ فإنه لا يضمن وتكون هدرًا؛ لأنَّه فَعَل ما يجوز له.

كما يكون هدرًا مَنْ مات أو أصابه شيء من ميزابٍ سقط عليه وهو مار في طريق؛ فإنَّ صاحب الميزاب لا يضمنه، وليس كالحائط؛ لأنَّ الحائط يدرك ميله، ويمكن صاحبه تداركه بإزالة ضرره عن الناس، والميزاب لا يشعر بعيبِه مع جواز اتخاذه، وهذا معنى قوله: (وإلا)؛ أي: وإن لم يقصد العين برميه فلا يضمنها، كما لا يضمن ما هلك بسقوط ميزابه.

هذا هو الذي يعطيه ظاهر لفظه، والنقل إنما هو القود مع العمد إلى العين صريحًا، ويظهر من كلامهم أن مع عدم القصد إليها يلزمه الدية.

وقوله: (أَوْ بَغْتِ...) إلى آخره عطف على (سُقُوطِ مِيزابٍ)، و(بَغْتِ) بوزن، فليس مصدر بغتَة؛ أي: فاجَأَة.

قال الجوهري: البغت: أن يفجأك الشيء ولقيته بَغْتَةً[5]؛ أي: فجأة.اهـ[6].

وهو في كلام المصنف على حذف مضاف تقديره أو حرق بغتة؛ أي: وكما لا يضمن من أجَّج نارًا في يوم لا ريح فيه، ثُمَّ فاجأتها الريح فحملتها إلى أن حرقت شيئًا، كما أن حرقَ النار الذي قام ليطفئها؛ لا ضمان فيه / على من أجَّجها ولا على عاقلته [ز:691/أ] كان المحترق المأجج أو غيره، وإلى هذا أشار بقوله: (كَحَرْقِها)، والضمير للنار،

---

(1) في (ز): (غير).

(2) في (ب): (برميته).

(3) في (ب): (ليتصرف).

(4) عبارة (أو لم يشعر بصاحبها) ساقطة من (ز).

(5) كلمتا (ولقيته بَغْتَةً) يقابلهما في (ز): (وبقيت بعضه) وما رجحناه موافق لما في صحاح الجوهري.

(6) الصحاح، للجوهري: 243/1.

وهو من إضافة المصدر للفاعل، و(قائِمًا) مفعول المصدر؛ أي: شخصًا قائمًا.

أمَّا ما ذكر في النار؛ فقال في حريم البئر من "المدونة": ومن أرسل في أرضه ماء أو نارًا[1]، فوصل إلى أرض جاره فأفسد زرعه، فإن كانت أرض جاره بعيدة يُؤْمَن أن يصلَ ذلك إليها، فتحاملت النار بريح أو غيره فأحرقت؛ فلا شيء عليه، وإن لم يؤمن وصول ذلك إليها[2] لقربها؛ فهو ضامن، وكذلك الماء، وما قتلت النار من نفس؛ فعلى عاقلة مرسلها.اهـ[3].

زاد ابن يونس: قال سحنون فيما قتلت النار؛ ينظر فيه على ما يجوز له وعلى ما لا يجوز له.

قال أشهب: ولو كانوا لمَّا خافوا على زرعهم قاموا إلى ردِّها فأحرقتهم؛ فدَمُهم هدرٌ، ولا دِيَة على عاقلة ولا غيرها[4].

وإلى هذا الذي نقل عن أشهب أشار المصنف بقوله: (**كَحَرْقِها قائِمًا لِطَفْيِها**).

وشبَّه ابن رشد مسألة "المدونة" بما[5] في سماع محمد بن خالد من ابن القاسم في رجل طبخ سكرًا في[6] قدرٍ سترها بقصب، وهناك صبي قائم لم يره الطباخ ففارت القدر[7] فاحترق الصبي؛ أنَّه لا يضمن، ذَكَرَه في الديات الثاني من "البيان"[8].

وقوله: (فتحاملت النار بريح أو غيره) هو معنى قول المصنف: (**أَوْ بَغْتِ رِيحٍ لِنَارٍ**)، ومعنى (غيره): إذا اضطربت النار بعضها ببعض فتطاير منها شرر؛ بهذا فسَّره

---

(1) كلمتا (أو نارًا) يقابلهما في (ز): (ونارًا).

(2) كلمة (إليها) زائدة من (ز).

(3) كلمة (مرسلها) يقابلها في (ب): (من سلف).

المدونة (السعادة/صادر): 194/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 4 /282 و283.

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 279/10 وما تخلله من قولي سحنون وأشهب فهو بنحوهما في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 357/10.

(5) في (ز): (لما).

(6) في (ب): (ففي).

(7) في (ب): (القدرة).

(8) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 58/16.

بعضهم.

ومعنى قوله: (بريح)؛ أي: حدثت بعد اشتعال النار ريحٌ[1]، وأمَّا لو كانت ريح شديدة فاشتعل النار؛ لضَمِنَ كما قال المصنف، وربما فهم ذلك من قوله في "المدونة": (فتحاملت) أو من قوله: (وإن لم يؤمن وصول ذلك لقربها) فإن الريح الشديدة تصير البعيد[2] من النار قريبًا منها، وقد صرَّح اللخمي بما ذكر المصنف، ومثله منصوص لأشهب في الماء.

قال اللخمي في حريم الآبار بعد أن ذكر كلام ابن القاسم في النار والماء[3]: ووافقه أشهب في النار وخالفه في الماء، وقال: إن كان تسيير الماء بالرد فأغفل حين تسريحه؛ فهو ضامن، وإن كان خدمته[4] الذين ولوا ذلك وإن جسره على احتياط، وفي تسريحه بالجسور فتحامل الماء على تلك الجسور بغير خوف من المرسل، ولا في عمل الجسور؛ فلا شيء عليه، وإن كانت أرض جاره مجسرة فتحامل الماء بريح أو بزيادة زادها الله ﷻ فيه؛ فلا شيء عليه.

وأرى أن يعتبر في النار مثل ذلك، فإن لم يكن [في][5] وقت إرسالها ريح فحدثت[6]، أو كانت فتغيرت إلى الناحية التي أحرقت؛ فلا شيء عليه، وإن كانت الريح إلى تلك الأرض؛ ضمن[7]؛ لأنَّ الشأن فيها أنها تحمل النار، وإن بعدت إلَّا أن تكون بعيدة جدًا.

وقوله: الدية فيمن مات، هو حيث يغرم ما فسد من تلك الأرض، وإن كان الحكم ألا يغرم الزرع لم يغرم[8] ....

(1) كلمة (ريح) زائدة من (ع2).

(2) في (ب): (البعيدة).

(3) كلمتا (النار والماء) يقابلهما في (ب): (الماء والنار) بتقديم وتأخير.

(4) في (ب): (خذمته).

(5) حرف الجر (في) زائد من تبصرة اللخمي.

(6) في (ز): (فحرقت).

(7) كلمة (ضمن) ساقطة من (ز).

(8) في (ع2): (يضمن).

ما هلك من الناس.اهـ[1].

وقد ظهر من نصِّ "المدونة" واللخمي عدم تقييد الريح بالعصوف، وتقييد المصنف به تبع لابن شاس وابن الحاجب وزادا معًا: إن تأجيجها على سطح[2]، وهما وصفان يوهِمان أن الضمان لا يكون إلَّا معهما، وليس كذلك؛ بل الضابط ما ذكر في "المدونة" من أمْن وصولها وعدمه، ولو حذف المصنف العاصف كما فعل في السطح؛ لكان أوفق للنصوص.

وفي المسألة -أيضًا- تقييد آخر لا يغفل، وهو أنَّه إنما يضمن إن فَعَلَ ما لا يجوز له، وهو معنى ما قدَّمنا عن حريم البئر مع التَّأمُّل، وصريح ما زاد ابن يونس عن سحنون[3]، ويفسره قولها في كراء الدور: وإذا اتخذ مكتري الدار فيها تنورًا يجوز له فاحترقت منه الدار وبيوت جيرانه؛ لم يضمن.

وإن اشترط ربها أن لا يوقد فيها نارًا، فأوقد المكتري[4] فيها نارًا لخبزه، فاحترقت الدار؛ ضَمِنَ.اهـ[5].

وتحصيل المسألة من كلام اللخمي وابن يونس وغيرهما إن كانت الدار مما يوقد في مثلها، ولم يُنْهَ عن الوقيد، ولم يزد على المعتاد فيه؛ لم يضمن الدار ولا غيرها، وإن كانت لا يوقد في مثلها، أو زاد على المعتاد في الوقيد؛ ضمن الدار وبيوت / الجيران، وإن نهاه عن الوقيد ضمن الدار، وإن لم يزد على المعتاد، ولا يضمن [ز:691/ب] غيرها عند اللخمي ويضمنه[6] عند عبد الحق وابن يونس.

وعن أبي عمران: إن نهاه عن وقيدِ مصباح فأوقده فأحرق؛ ضَمِنَ لتعدِّيه[7].

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3287/6.

(2) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1181/3، وجامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 782/2.

(3) انظر النص المحقق: 9/ 107.

(4) كلمة (المكتري) ساقطة من (ز).

(5) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 516/4 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 288/3.

(6) في (ب): (ويضمنها).

(7) من قوله: (وتحصيل المسألة من كلام اللخمي وابن يونس) إلى قوله: (فأوقده فأحرق؛ ضمن لتعديه) بنحوه في تقييد الزرويلي (بتحقيقنا): 49/15 وما تخلله من قول ابن يونس فهو بنحوه في

وقد يقال: إن المصنف لم يغفل[1] اشتراط التعدي في الضمان بذكرِه العصوف؛ لأنَّ إيقاد النار في ذلك[2] الزمان؛ لكونه مظنة الضرر تعدٍّ، ويتأكَّد ذلك عند من زاد (السطح)؛ لأنَّ العادة أنها لا توقد هناك.

وقال ابن عبد السلام: قال ابن كنانة[3] فيمن أوقد نارًا في حائط رجلٍ فأحرقت غير ذلك الحائط: إنما يغرم ما احترق[4] مما أشعلها فيه دون ما تعدَّت إليه من غيره.اهـ[5].

قلتُ: وهذا قريبٌ من قول اللخمي فيما إذا نهاه عن الوقيد.

قال ابن عبد السلام: اعتباره في "المدونة" ما يؤمن معه، وما لا، واعتبار سحنون ما يجوز، وما لا، قد يؤخذ من قول ابن كنانة خلافه[6] في هذا الأصل.اهـ[7].

وردَّه الشيخ ابن عرفة بأن[8] ما ضمَّنه فيه ابن كنانة لم يقصده بالتعدي، وما ضمنه فيه بالكتاب[9] قَصَده بالعداء؛ لوقوده حين هبوب الريح، ولا يلزم من نفي الضمان عمَّا لم يقصد نفيه عما قَصَدَ.

وقول ابن كنانة هو مقتضى نقل اللخمي عن المذهب خلاف مقتضى نقل أبي حفص عن المذهب؛ لقول اللخمي: إن احترقت الدار التي نهي[10] عن الوقيد فيها؛

=

الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 411/11 وقول اللخمي فهو بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 5056/9.

(1) ما يقابل كلمة (يغفل) بياض في (ز).

(2) في (ز): (تلك).

(3) كلمتا (قال ابن كنانة) ساقطتان من (ب).

(4) في (ز): (احرق).

(5) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 46/17.

(6) في (ب): (خلاف).

(7) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 46/17.

(8) في (ب): (هاتان).

(9) كلمة (بالكتاب) يقابلها في (ع2): (في الكتاب).

(10) ما يقابل كلمتي (التي نهي) بياض في (ز).

ضمِنَها فقط دون غيرها إن[1] كان الوقيد على صفة لو أذن فيه رب الدار؛ لم يكن لمن يليه في ذلك مقال؛ لأنَّ التعدِّي عليه هو من حقه، وإن كان على صفة يكون لجاره[2] منعه؛ ضمن الجميع.

وقال عبد الحق عن بعض القرويين: يضمن دور جيرانه -أيضًا- لأنَّ أصلَ فعله لا يجوز له، وإن كان مما يجوز له لولا الشرط، كما يضمن فيمن حفر بئرًا في داره لسارق؛ ضمن السارق وغيره.

ومثله نقل أبو حفص العطار، وهذا الأصل مبايِن لأصل مسألة حريم البئر.اهـ كلام ابن عرفة، وفيه اختصار[3].

قلتُ: كلام ابن عبد السلام ليس فيه تصريح بما هو معارض لكلام ابن كنانة من ضابط "المدونة" أو ضابط سحنون، وجواب ابن كنانة يحتمل أن يكون فيمن كان أصل فعله على التعدي أو على الإذن، فإن كان جوابه عن[4] المتعدي[5] فهو معارِض لضابط سحنون؛ لأنَّ ضابطَ سحنون يقتضي ضمانه غير ما أوقد فيه النار، وابن كنانة قد نفاه فيه، فيتحقق الخلاف في تلف غير محل العداء، وأن كلام ابن كنانة فيمن أوقدها أولًا بالإذن، فيحتمل أن يكون خلافًا لضابط "المدونة"؛ لإطلاقه في غير محل العداء فيتناول ما يُؤْمن الوصول إليه وغيره.

وضابط "المدونة" يقتضي نفي الضمان عما يُؤْمن الوصول إليه كما يقول ابن كنانة، وثبوته فيما لا يؤمن[6] فهو خلاف له في هذا الطرف.

وإن صحَّ أن كلام "المدونة" يتقيَّد؛ نُفِيَ[7] الضمان فيه بنفي العداء ابتداءً حتى

---

(1) في (ب): (وإن).

(2) كلمتا (يكون لجاره) يقابلهما في (ز): (لم يكون).

(3) انظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة: 293/10 وما تخلله من قول اللخمي فهو بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 5055/9 وقول عبد الحق فهو بنحوه في النكت والفروق، لعبد الحق: 123/2.

(4) في (ع2): (على).

(5) في (ز): (التعدي).

(6) عبارة (إليه وغيره وضابط... لا يؤمن) ساقطة من (ع2).

(7) كلمة (نفي) ساقطة من (ع2).

يكون مقيدًا بالقيدين[1]، فيكون وجه المخالفة له من حيث هو مقيد بذلك؛ كالمخالفة لضابط سحنون، وقول ابن عرفة إنما تكلَّم في "المدونة" على ما إذا قصد العداء لوقدها حين هبوب الريح ليس كذلك كما رأيت من نصها.

فإن قلتَ: إذا كان لا يؤمن وصولها ففعله أولًا عداء؛ فصحَّ ما قال الشيخ.

قلتُ: المراد بالعداء المشترط نفيه في "المدونة" إن صح تقييدها به -وهو الظاهر كما قدَّمنا- أن يفعله في ملكه، أو في مكان أُذِنَ له فيه، وكلام "المدونة" إنما هو فيمن فَعَلَه في ملكه.

ولئن سلَّمنا أن العداء هو ما يظن معه هلاك شيء؛ لكن[2] لا نسلم اشتراط القصدَ فيه كما جمع به الشيخ وحمل عليه مسألة "المدونة"؛ بل العداء في هذا[3] التفسير موجِبٌ للضمان قصد الهلاك أو لم يقصده، وهو معنى ما في "المدونة"؛ لأنَّ الضابط عنده في الضمان أن لا يُؤْمن الوصول، وإن لم يقصد إتلافًا؛ لأنَّ العمد والخطأ سيان في الأموال، وقد قال ابن شاس: ومَنْ حفر في ملكه أو فيما أذن له الحفر فيه لمنفعته كفناء داره، فأسقط جدار جاره منه؛ ضمنه.اهـ[4].

وابن كنانة إنما ضمَّنه فيما باشر عداءه لا فيما نشأ عنه / فهو خلاف، ويشبه هذا الخلاف الخلافَ[5] في التولد، وفي لازم القول عند المتكلمين، ويقرب منه الخلاف الفقهي فيما جرى بسبب وجوبه دونه؛ لكن كثير من مسائل المذهب تدل على أن[6] المتسبب كالمباشر. [ز:692/أ]

وأمَّا ما ذكر في سقوط الجدار بالشروط المذكورة غير إمكان التدارك؛ فقال في آخر كتاب الديات من "المدونة": والحائط المخوف[7] إذا أشهد على ربه، ثُمَّ عطب

---

(1) كلمة (بالقيدين) يقابلهما في (ز): (لا القيدين).

(2) في (ب) و(ع2): (أي) ولعل ما رجحناه أصوب.

(3) كلمتا (في هذا) يقابلهما في (ز): (بهذا).

(4) عقد الجواهر، لابن شاس: 1181/3.

(5) كلمة (الخلافَ) ساقطة من (ز).

(6) كلمة (أن) زائدة من (ز).

(7) في (ع2) و(ب): (المخيف) وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

به أحدٌ؛ فربه ضامن، وإن لم يشهد عليه؛ لم يضمن وإن كان مخوفًا.

وإن كانت الدار مرهونة أو مكتراة، لم ينفعهم الإشهاد إلَّا على ربها، فإن غاب؛ رُفِعَ أمره إلى الإمام ولم ينفعهم الإشهاد على الساكن؛ إذْ ليس لهم هدم الدار. اهـ[1].

قال ابن يونس: محمد: قال أشهب: أمَّا إذا بلغ الحائط ما لا يجوز لصاحبه تَرَكَه؛ لشدة ميله والتغرير[2] به؛ فهو مُتَعَدٍّ ضامن لما أصيب به، أشهد عليه أو لم يشهد، وكذلك لو كان السلطان قد تقدَّم إليه في هذا الحائط على حسن النظر للرعية؛ فهو ضامن لما أصاب، وأمَّا نهي الناس وإشهادهم؛ فليس بلازمٍ له.

قال ابن يونس: وعن بعض فقهائنا القرويين في مثلٍ هذا: إن أنكر صاحب الحائط غرره، وقال: إنه يُؤْمن سقوطه؛ احتاج التقدم إلى الحاكم، وإن أقر بكونه مخوفًا؛ نفع الإشهاد عليه دون الحاكم.

قال: وكذا إن أبى الشفيع الأخذ بالشفعة والتسليم؛ لم ينفع الإشهاد عليه حتى يرفع إلى السلطان، وإن ترك الشفعة؛ نفع الإشهاد عليه دون الحاكم، وكذا في اقتضاء أحد الشريكين دينًا بينهما إن أبى صاحبه أن يخرج ولم يسلم لصاحبه أن يقتضي؛ فلا بدَّ من حكمٍ وإن رضي اقتضاء صاحبه دونه نفع [صاحبه][3] الإشهاد دون الحكم. اهـ[4].

وأمَّا اشتراطه إمكان التدارك؛ فهو من كلام أشهب ولا شكَّ في صحته، وتقدَّم أيضًا من كتاب[5] ابن حبيب في نقل "النوادر" عند قول المصنف في أول باب

---

(1) المدونة (السعادة/صادر): 447/6 و448 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 424/4.

(2) كلمة (والتغرير) يقابلها في (ب) و(ع2): (أو للتغرير) وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(3) كلمة (صاحبه) زائدة من جامع ابن يونس.

(4) في (ز) و(ع2): (الحاكم) وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.
انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 130/12 و131 وما تخلله من قول فهو بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 512/13.

(5) في (ع2): (كلام).

الجنايات: (أَوِ اتِّخاذِ كَلْبٍ عَقُورٍ) فراجِعْه هناك[1]، وله نظائر كموت الواهب والموهوب له ساعٍ في تزكية شهود الهبة، وإرادة القيام بعيب الأمة الحامل عندما ضربها الطلق فتموت وغير ذلك.

قال في الديات من "النوادر": من "المجموعة" ونحوه في كتاب ابن المواز من قول ابن القاسم: وما ذكر عن أشهب في الكتابين، ولفظ "المجموعة" أتم.

قال ابن القاسم: أخبرت عن مالك في الحائط المخوف إن أشهد [2] على ربه؛ ضمن ما عطب فيه.

قال ابن القاسم: وإن لم يشهد عليه؛ لم يضمن.

وقال أشهب: إن بلغ من [شدة][3] الميل والتغرير به، فلم يهدمه[4] وقد أمكنه هدمه؛ ضمن ما أصيب به؛ أشهد عليه أم لا؛ لأنَّ ترك الإشهاد لا يزيل لازمًا، ولا يوجب عليه غير واجب، كإيقاف دابته بموضع لا يجوز له، ولكن إن تقدم إليه السلطان في هدمه، وإيقاف دابته باجتهاد منه؛ [فهذا][5] يضمن ما كان عن ذلك، وليس نهي الناس يوجب عليه أمرًا.

قال ابن القاسم: وليس إشهاده[6] على من الدار بيده برهنٍ أو كراءٍ بنافع إن كان ربه حاضرًا، وإن غاب؛ رُفِعَ إلى الإمام.

وقال أشهب: لا شيء على[7] ربها، ولا على مَنْ هي بيده بكراء أو رهن، إذا لم يكن مخوفًا بحضرة ربها، ثُمَّ غاب، فإن كان هذا؛ فهو ضامن دون من هي بأيديهم[8]، ولو أمرهم السلطان بالهدم والبناء؛ فلا شيء عليهم.

---

(1) انظر النص المحقق: 7/ 57.

(2) في (ع2): (شهد).

(3) كلمة (شدة) زائدة من نوادر ابن أبي زيد.

(4) كلمتا (فلم يهدمه) ساقطتان من (ز).

(5) كلمة (فهذا) زائدة من نوادر ابن أبي زيد.

(6) في (ز): (الشهادة).

(7) حرف الجر (على) يقابله في (ب): (عليه على).

(8) كلمتا (هي بأيديهم) يقابلهما في (ب): (هو بأثرهم).

قال محمد بن عبد الحكم: وينبغي للقاضي إذا كان الحائط مخوفًا أن لا يمهل[1] أصحابه إن حضروا حتى يهدم على السكان، فإن لم يحضروا؛ أمر بهدمه، وأنفق في ذلك من بعضه، إن لم يجد لهم مالًا.

فإن كان لصبي في ولاية أب أو وصي؛ فإليهما يتقدم السلطان، فإن لم يفعل من قدم ذلك إليه، حتى سقط؛ فما أفسد، أو قتل؛ كان ذلك في ماله؛ من أب أو وصي دون مال الصبي؛ إذا أمكنهما الهدم فتركاه.اهـ[2].

وكلام ابن شاس في الجدار المائل كأنَّه طريقة أخرى، فإنه قال: ومَنْ كان جداره مائلًا إلى الشارع، فإن بناه مائلًا؛ فهو ضامن، وإن مَالَ في الدوام، فلم يتدارك مع / الإمكان [ز:692/ب] والإنذار والإشهاد؛ وجب الضمان، وإن لم ينذر ففي الضمان خلاف. اهـ[3].

وما ذكره في بنائه مائلًا ظاهرٌ، وقد يؤخَذُ من قوله في كتاب الديات من "المدونة": وما صنعه في طريق المسلمين مما لا يجوز له من حفر بئر، أو رباط دابة، ونحوه؛ فهو ضامن لما أصيب بذلك.اهـ[4].

وبناء الحائط مائلًا إلى الشارع؛ بل وإلى داره لا يجوز؛ لما فيه من مظنة الضرر، وهذا -أيضًا- كضمانه ما لا يؤمن وصول النار أو الماء إليه، وقد تقدَّم شيء من الكلام على الحائط المائل وما أشبهه في أول باب الجنايات[5]، ويأتي بشيءٍ منه قريب إن شاء الله.

وأمَّا ما ذكر في العاض، فقال في كتاب أحكام الدماء من "النوادر": ومن "المجموعة" قال علي عن مالك فيمن عضَّ يد رجل فجبذ المعضوض يده من فمه، فنزع أسنانه؛ فروى ابن وهب في هذا عن النبي -عليه الصلاة والسلام- "أنَّه أهدر أسنانه"[6].

---

(1) ما يقابل كلمة (يمهل) بياض في (ز).

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 512/13 و513.

(3) عقد الجواهر، لابن شاس: 1181/3.

(4) المدونة (السعادة/صادر): 445/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 423/4.

(5) انظر النص المحقق: 7/ 61.

(6) متفق على صحته، روى البخاري في باب إذا عض رجلًا فوقعت ثناياه، من كتاب الديات، في

وذكر ابن المواز وغيره عن أصحاب مالك؛ أن ديةَ أسنانِه على المعضوض.

وذكر ابن المواز حديث ابن وهب هذا، قال: قاله يحيى بن سعيد، وذكر أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قضى به.

قال يحيى بن عمر: وبهذا الحديث أقول لا بما رُوي عن مالك وغيره من أصحابه أن الجابذ يضمن، والحديث لم يروه[1] مالك، ولو ثَبَتَ عنده لم يخالفه.اهـ[2].

وأمَّا ما ذكر في الناظر من كوة، فقال في آخر الدماء من "النوادر" -أيضًا-: ومن كتاب ابن المواز قال ابن وهب عن مالك: سُئِلَ عن الحديث الذي جاء من تَطَلَّع في بيت رجل بغير إذنه ففَقَأ عينه بحصاة؛ لم يكن عليه جناح[3].

قال: الله أعلم بهذا الحديث.

قيل: أفيعقل أم يقاد به؟

قال: كنت أقيد منه.اهـ[4].

قلتُ: جوابه في هذه بَعْد إيقافه على الحديث يدل ظنًّا أنَّه وقف على حديث العضِّ، فإنَّ علة الضمان واحدة في المسألتين وهي دفع الضرر، ولا يُفَرَّق بأن ضرر المعضوض أشد؛ لأنَّه قد يمنع ذلك لا سيما مع شدة الغيرة على الحرمة؛ فإذًا إمَّا أن

= صحيحه: 8/9، برقم (6892).

ومسلم في باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه، إذا دفعه المصول عليه، فأتلف نفسه أو عضوه، لا ضمان عليه، من كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، في صحيحه: 1300/3، برقم (1673) كلاهما عن عمران بن حصين رضي الله عنه، أَنَّ رَجُلًا عَضَّ يَدَ رَجُل، فَنَزَعَ يَدَهُ مِنْ فَمِهِ، فَوَقَعَتْ ثَنِيَّتَاهُ، فَاخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: «يَعَضُّ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ كَمَا يَعَضُّ الْفَحْلُ؟ لَا دِيَةَ لَكَ»، وهذا لفظ البخاري.

(1) في (ز): (يره).

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 534/13.

(3) صحيح، روى أبو داود في باب الاستئذان، من كتاب الأدب، في سننه: 343/4، برقم (5172).

وأحمد في مسنده: 15/ 212، برقم (9360) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه، أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللهِ ﷺ، يَقُولُ: «مَنْ اطَّلَعَ فِي دَارِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ، فَفَقَئُوا عَيْنَهُ فَقَدْ هَدَرَتْ عَيْنُهُ»، وهذا لفظ أبي داود.

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 225/14.

يكون مالك توقَّف في معنى حديث العض كما قال هنا: (الله أعلم به) وإمَّا أن يكون عنده متأولًا بما تراه في نقل المازري.

ووجه مذهب مالك في المسألتين أن المجني عليه لا ينبغي أن يأخذ حقه بنفسه، وليصبر حتى يأخذ له الحاكم بحقه لا سيما في باب الجراح الذي لا يقضي فيه إلَّا حاكم مخصوص.

وفي "صحيح مسلم" وغيره: **قَاتَلَ يَعْلَى بْنُ أُمَيَّةَ رَجُلًا، فَعَضَّ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَانْتَزَعَ يَدَهُ مِنْ فَمِهِ، فنَزَعَ ثَنِيَّتَهُ، فَقَالَ** ﷺ: **«لا دِيَةَ لَهُ»**(1)، -وفي رواية: **«فَأَبْطَلَهُ»**(2)، وفي أخرى: **«فَأَهْدَرَ ثَنِيَّتَهُ»**(3)- وقال: **«أَرَدْتَ أَنْ تَأْكُلَ لَحْمَهُ؟»**(4)، وفي رواية: **«تَأْمُرُنِي**

---

(1) روى مسلم في باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه، إذا دفعه المصول عليه، فأتلف نفسه أو عضوه، لا ضمان عليه، من كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، في صحيحه: 1300/3، برقم (1673) عن عمران بن حصين رضي الله عنه، قَالَ: قَاتَلَ يَعْلَى بْنُ مُنْيَةَ أَوِ ابْنُ أُمَيَّةَ رَجُلًا، فَعَضَّ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَانْتَزَعَ يَدَهُ مِنْ فَمِهِ، فَنَزَعَ ثَنِيَّتَهُ - وقَالَ ابْنُ الْمُثَنَّى: ثَنِيَّتَيْهِ - فَاخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ: «أَيَعَضُّ أَحَدُكُمْ كَمَا يَعَضُّ الْفَحْلُ؟ لَا دِيَةَ لَهُ».

(2) متفق على صحته، روى البخاري في باب إذا عض رجلا فوقعت ثناياه، من كتاب الديات، في صحيحه: 8/9، برقم (6893).

ومسلم في باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه، إذا دفعه المصول عليه، فأتلف نفسه أو عضوه، لا ضمان عليه، من كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، في صحيحه: 1301/3، برقم (1674) كلاهما عن يعلى بن أمية رضي الله عنه، قَالَ: «خَرَجْتُ فِي غَزْوَةٍ، فَعَضَّ رَجُلٌ فَانْتَزَعَ ثَنِيَّتَهُ، فَأَبْطَلَهَا النَّبِيُّ ﷺ»، وهذا لفظ البخاري.

(3) متفق على صحته، روى البخاري في باب الأجير في الغزو، من كتاب الإجارة، في صحيحه: 89/3، برقم (2265).

ومسلم في باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه، إذا دفعه المصول عليه، فأتلف نفسه أو عضوه، لا ضمان عليه، من كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، في صحيحه: 1301/3، برقم (1674) كلاهما عن يعلى بن أمية رضي الله عنه، قَالَ: غَزَوْتُ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ جَيْشَ العُسْرَةِ، فَكَانَ مِنْ أَوْثَقِ أَعْمَالِي فِي نَفْسِي، فَكَانَ لِي أَجِيرٌ، فَقَاتَلَ إِنْسَانًا، فَعَضَّ أَحَدُهُمَا إِصْبَعَ صَاحِبِهِ، فَانْتَزَعَ إِصْبَعَهُ، فَأَنْدَرَ ثَنِيَّتَهُ، فَسَقَطَتْ، فَانْطَلَقَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَأَهْدَرَ ثَنِيَّتَهُ، وَقَالَ: "أَفَيَدَعُ إِصْبَعَهُ فِي فِيكَ تَقْضَمُهَا - قَالَ: أَحْسِبُهُ قَالَ - كَمَا يَقْضَمُ الفَحْلُ"، وهذا لفظ البخاري.

(4) رواه مسلم في باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه، إذا دفعه المصول عليه، فأتلف نفسه أو =

أَنْ آمُرَهُ أَنْ يَدَعَ يَدَهُ فِي فِيكَ تَقْضَمُهَا كَمَا يَقْضَمُ الْفَحْلُ؟ ادْفَعْ يَدَكَ حَتَّى يَعَضَّهَا، ثُمَّ انْتَزِعْهَا؟»(1)، وهذا الأمر على سبيل الإنكار؛ أي أنك لا تفعل فكيف تنكر نزعه يده، وتطلبه بما جنى؟!

قال في "الإكمال" عن الإمام المازري: اختلف الناس في المعضوض [إذا جذب يده فسقطت أسنان العاض](2)؛ فالمشهور عندنا أنَّه ضامن.

وقال بعض أصحابنا: لا ضمان عليه، وبالتضمين قال الشافعي، وبإسقاطه قال أبو حنيفة.

وقال بعض المحققين من شيوخنا: إنما ضمَّنه من ضمنه من أصحابنا؛ لأنه(3) يمكن النزع بالرفق حتى لا تنقلع (4) أسنان العاض، فإذا زاد على ذلك صار متعديًا في الزيادة؛ فضمن، وحملوا الحديث على من لم يمكنه النزع إلَّا بذلك الذي أدى إلى سقوط الأسنان.

وقال بعضهم: لعل أسنانه كانت متحركة فسقطت عقيب النزع، وهذا التأويل بعيدٌ من ظاهر الحديث.

وكذلك اختلف الناس -أيضًا- في الجمل إذا صال على رَجُلٍ فدَفَعَه عن نفسه فقتله، هل يضمن؟(5) أم لا؟

وبنفي التضمين قلنا نحن والشافعي، وبإثباته قال أبو حنيفة، والحجة لنفي التضمين أنَّه مأمورٌ بالدفعِ عن نفسه، ومن فَعَلَ ما أُمِرَ به لم يكن متعديًّا، ومن ليس / [ز:693/أ]

=

عضوه، لا ضمان عليه، من كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، في صحيحه: 1300/3، برقم (1673) عن عمران بن حصين رضي الله عنه.

(1) رواه مسلم في باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه، إذا دفعه المصول عليه، فأتلف نفسه أو عضوه، لا ضمان عليه، من كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، في صحيحه: 1301/3، برقم (1673) عن عمران بن حصين رضي الله عنه.

(2) عبارة (إذا جذب يده فسقطت أسنان العاض) زائدة من إكمال عياض.

(3) في (ب): (لأنا).

(4) في (ب): (تنقطع) وعبارة (حتى لا تنقلع) يقابلها في (ز): (حتى تنقلع).

(5) في (ز): (يضمنه).

بمتعد؛ فلا يضمن في مثل هذا، وقياسًا على ما لو قتل عبدًا في مدافعته إياه عن نفسه، ومن أثبت الضمان رأى أنَّه أحيا نفسه بإتلاف مال غيره، فأشبه من اضطر إلى طعام(1) غيره فأكل منه خوف الموت؛ فإنه يضمن.

والفرق عندنا بين السؤالين؛ أن الأكل لطعام غيره ابتدَأه من قِبَل نفسه، ولا جناية من رب الطعام ولا من الطعام؛ فلهذا ضمن، وفي الجمل لم تكن البداية منه؛ بل بسبب الجناية عليه؛ فلهذا لم يضمن.

وأيضًا فإن الطعام ينوبُ غيره منابه في إحياء(2) نفسه، فكأن الضرورة فيه لا تُحقَّق(3)، فصار كمن أكل اختيارًا، ولا مندوحة له في الجمل، ولا تنفعه مدافعة غير ذلك الجمل، ولا تنجيه؛ فتحققت الضرورة.

ومن هذا المعنى لو رمى إنسان أحدًا ينظر إليه في بيته فأصاب عينه؛ فأكثر أصحابنا على الضمان، وبه قال أبو حنيفة، وأقلهم على نفيه، وبه قال الشافعي؛ لقوله ﷺ: **«لَوْ أَنَّ امْرَأً اطَّلَعَ عَلَيْكَ(4) بِغَيْرِ إِذْنٍ فَخَذَفْتَهُ بِحَصَاةٍ فَفَقَأْتَ عَيْنَهُ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ جُنَاحٌ»**(5)، وأمَّا إثباته؛ فلأنه(6) لو نظر إلى عورته بغير إذنه لم يستبح بذلك فقء عينه، فالنظر إليه في بيته أَوْلى ألا يستباح به ذلك، وحملوا الحديث على أن رميَه؛ لينبهه على أنه فَطِنَ له(7)، أو ليدفعه عن ذلك غير قاصد بفقء(8) عينه، فانفقأت(9) عينه خطأ؛ فالجناح منتفٍ وهو المنفي في الحديث، وأمَّا الدية فلا ذكر

---

(1) كلمتا (إلى طعام) ساقطتان من (ز).

(2) كلمة (إحياء) ساقطة من (ب).

(3) في (ز): (يتحقق).

(4) في (ز): (عليه).

(5) رواه مسلم في باب تحريم النظر في بيت غيره، من كتاب الآداب، في صحيحه: 1699/3، برقم (2158) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(6) في (ز): (لأنه).

(7) كلمتا (فطن له) زائدتان من (ز).

(8) في (ب): (فقء).

(9) في (ب): (ففقأت).

لها.اهـ[1].

وظاهر كلام المصنف وغيره ككلام المازري هذا يقتضي أن الواجب مع قصد فقء العين إنما هو الدية؛ لأنها المتبادر من لفظ الضمان عُرْفًا، والذي نقل في "النوادر" عن مالك كما رأيت إنما هو القود، وكذا نقله ابن الحاجب والقرافي[2] وظاهر قول المازري، وحملوا الحديث إلى آخره أن مع عدم القصد إلى العين تلزم الدية، لا أنها هَدَر كما يقتضيه كلام المصنف حسبما قدَّمنا.

وثبوت الدية مع عدم القصد إلى[3] العين هو مقتضى الفقه بناء على تأويل الحديث، لكن إنما يظهر ذلك مع موافقة الرمي على عدمِ قصدِها، أو قيام بينة بذلك إن أمكن، وأمَّا إن ادَّعى الرامي[4] قصد الرمي إلى المرمي إلَّا أنه ادَّعى أنه لم يقصد عينه، وقال المرمي: بل قصدت العين؛ ففي لزوم الدية في هذه الصورة دون القود إن كان الرامي غير أحد الأبوين نظر.

وأمَّا ما ذكر في سقوط الميزاب، فقال في آخر كتاب[5] الديات من "المدونة": وما أشرع الرجل في طريق المسلمين من ميزاب، أو ظلة[6]، أو حَفْر بئر، أو سرب للماء أو للريح في داره أو أرضه، أو حَفَر شيئًا مما يجوز له في داره أو طريق المسلمين، مثل: بئر المطر، أو مرحاض يحفره[7] إلى جنب حائطه؛ فلا غرم عليه لما[8] عطب في ذلك كله.اهـ[9].

---

(1) من قوله: (وفي "صحيح مسلم" وغيره: قَاتَلَ يَعْلَى بْنُ أُمَيَّةَ رَجُلًا) إلى قوله: (وأمَّا الدية فلا ذكر لها) بنحوه في إكمال المعلم، لعياض: 470/5 وما بعدها.

(2) عبارة (وكذا نقله ابن الحاجب والقرافي) ساقطة من (ز).

(3) في (ز): (أن).

(4) كلمة (الرامي) ساقطة من (ب).

(5) كلمة (كتاب) زائدة من (ب).

(6) كلمتا (أو ظلة) ساقطتان من (ز).

(7) في (ع2): (يجره).

(8) كلمة (لما) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(9) المدونة (السعادة/صادر): 447/6 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 423/4.

وتقدَّم شيء من هذا في أول باب الجنايات(1).

وفي أحكام الدماء من "النوادر" لمالك في كتاب ابن المواز: ما يخرجه من ظلة، أو عسكر، أو ميزاب، فيسقط فيعطب به أحد؛ فهو هدر.اهـ(2).

[دفع الصائل]

وجازَ دَفْعُ صائلٍ بَعْدَ الإنْذارِ لِلْفاهِمِ وإِنْ عَنْ مَالٍ، وقَصْدُ قَتْلِهِ إنْ عَلِمَ أَنَّهُ لا يَنْدَفِعُ إلَّا بِهِ، لا جُرْحُ إنْ قَدَرَ عَلَى الهَرَبِ مِنْهُ بِلا مَضَرَّةٍ(3)

لمَّا ذكر الجنايات الموجبة للعقوبة من حدٍّ أو أدبٍ، والموجبة للضمان؛ أردف ذلك بذكر ما يجوز منها للضرورة، ولا يوجب(4) عقوبة ولا أدبًا، وذلك دفع(5) الصائل(6)، وفي تسميته جناية في الاصطلاح تسامح.

قال الجوهري: صالَ عليه إذا استطال، أي: وثب صَوْلًا وصَوْلَةً، والمُصاوَلَةُ والصِيالُ والصِيالَةُ: المواثبةُ، والفَحْلانِ(7) يَتَصاوَلانِ؛ أي: يتواثَبان، وصالَ العيرُ، إذا حمل على العانة(8).

أبو زيد: صؤل البعير -بالهمز- يَصْؤُلُ صآلَةً، إذا صار يقتل الناس ويَعْدو عليهم، فهو جمل صؤول.اهـ(9).

فيجوز للإنسان(10) مدافعة مَنْ صال عليه من إنسان مكلف، أو غير مكلف، أو

(1) انظر النص المحقق: 7/ 53.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 517/13.

(3) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (بِلا مَشَقَّةٍ).

(4) كلمتا (ولا يوجب) يقابلهما في (ز): (ويوجب).

(5) ما يقابل كلمة (دفع) بياض في (ع2).

(6) في (ع2): (للصائل).

(7) في (ز): (والعجلان).

(8) في (ز): (الناقة) وما رجحناه موافق لما في صحاح الجوهري.

(9) انظر: الصحاح، للجوهري: 1746/5 و1747.

(10) كلمة (للإنسان) ساقطة من (ع2).

من بهيمة قَصَد الصائل النفس المعصومة، أو المال، أو هتك الحرمة بفعل المعصية، فيدافع عن ذلك بالمقاتلة، وهو / مراده بالدفع، وذلك بعد أن ينذر الدافعُ الصائلَ إذا كان ممن يفهم الإنذار، بأن يعظه ويزجره بالقول، ويشهد الله عليه؛ لعله ينكف، فإن أبى إلَّا الصول؛ جاز دفعه بالقتال. [ز:693/ب]

وغيَّ المصنف جواز الدفع بالمال؛ لئلا يتوهم أن مقاتلة المعصوم لعِظَمها لا تباح إلَّا للدفع عن النفس، فرَفَعَ هذا التوهم بالإغياء المذكور، وقد قال ﷺ: «**مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ**»(1).

قالوا: والمراد بالصائل هنا غير المحارب؛ لتقدم حكم المحارب(2).

قلتُ: وقد يقال: إن مرادهم بهذا الباب ما هو أعم من المحارب لكن استغنوا عن بيان حكم المحارب بما ذكروا في بابه.

وقوله: (**وقَصْدُ**) إلى (**بِهِ**) عطف على (**دَفْعُ**)؛ أي: وجاز قصد المدافع، أو(3) قتل الصائل إن علم المدافع أن الصائل لا يندفع إلَّا بالقتل.

وقوله: (**لا جُرْحٌ**...) إلى آخره، (**جُرْحٌ**) مرفوع بالعطف على (**دَفْعُ**)، وهو استثناء بالمعنى من الدفع الجائز؛ أي: ولا يجوز أن يجرح المدافع الصائل إن قدر المدافع على الهروب من ذلك الصائل بلا مضرةٍ تلحقه في الهروب.

ومفهوم الشرط يقتضي أن من لم يقدر على الهروب؛ لضعفه عنه، أو لضيق المكان، أو لمعاجلة الصائل، أو لنحو ذلك، أو قدر على الهروب لكن بمضرة تلحقه، كمهوات يقع فيها إن هرب، فخاف من الوقوع فيها ما يخافه من الصائل إن لم يدفعه، أو هو دون ذلك من المضرة؛ يجوز له التعرض إلى جرح الصائل، وهو ظاهر.

أمَّا جواز دفع الفاهم عن المال وغيره وقصد قتله بعد الإنذار؛ فقد تقدَّمت النصوص في ذلك في المحارب في أول باب الحرابة(4)، ولا فرق بين المحارب

---

(1) تقدم تخريجه. انظر النص المحقق: 9/ 20.

(2) انظر النص المحقق: 9/ 5

(3) في (ب): (إلى).

(4) انظر النص المحقق: 9/ 16.

وغيره.

وقال في الحج الثالث من "المدونة": فإنْ قتل سباع الطير؛ فعليه الجزاء؛ إلَّا أن تعدو عليه ويخافها على نفسه فيقتلها؛ فلا جزاء عليه؛ لأنه لو عدا عليه رجلٌ يريد قتله فدَفَعَه عن نفسه فقتله؛ لم يلزمه شيء.اهـ[1].

وفي كتاب الحدود من "شرح البخاري" لابن بطال حين تكلَّم على حديث العاض المتقدم ما نصُّه: قالوا: ولا يختلفون أنَّ من شهَّر سلاحًا، وأومأ إلى قتله وهو صحيح العقل، فقتله المشهور عليه دافعًا له[2] عن نفسه؛ أنه لا ضمان عليه.اهـ[3].

وتقدَّم نص ابن الجلاب في مقاتله اللص في باب المحارب[4].

وفي "المعونة": وحكم اللص حكم المحارب، وللرجل أن يمانِعَ عن نفسه وماله، فإن قُتِل؛ فشهيد، وإن آلَ إلى قتلِ اللص؛ فهدَرٌ لا شيء فيه.

ثُمَّ قال في آخر فصول الباب: ورُوِيَ أن امرأة خَرَجت تحتطب فراودها رجلٌ عن نفسها، فرمته بفهر قتلته، فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فقال: "قَتِيلُ الله، والله لَا يُودَى أَبَدًا"[5]، فأهدر دمه.

ثُمَّ قال: وإذا صال الفحل أو غيره من البهائم على إنسان، وخافه على نفسه؛ فله دفعُه، فإن أدَّى إلى قتله؛ فلا ضمان عليه خلافًا لأبي حنيفة؛ لأنَّ دفعَه مباحٌ له فلا يضمنه كالآدمي؛ بل هذا أحرى أن لا يضمن؛ لأنَّ حرمةَ الآدمي أعظم، وهذا إذا قامت بينةٌ بما يدَّعيه، فإن لم يعلم إلَّا بقوله ضمنه؛ لإقراره بإتلافه، ودعواه إباحة ذلك

(1) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 442/1 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 317/1.

(2) كلمة (له) ساقطة من (ب).

(3) شرح صحيح البخاري، لابن بطال: 521/8.

(4) انظر النص المحقق: 9/ 19.

(5) رواه عبد الرزاق في باب الرجل يحد على امرأته رجلًا، من كتاب العقول، في مصنفه: 434/9، برقم (17919).

وابن أبي شيبة في باب الرجل يريد المرأة على نفسها، من كتاب الديات، في مصنفه: 439/5، برقم (27793) كلاهما عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

لا تقبل.اهـ[1].

وفي آخر أحكام الدماء من "النوادر" -ونقل بعضه غير واحد- من كتاب ابن المواز: مَنْ وجد في بيته قتيل، فقال صاحب البيت: قتلته؛ لأنه وطئ امرأتي، فإن لم يأت بأربعة شهداء؛ قُتِل إلَّا أن يظهر عذره، كأن يُرَى[2] ينقب أو يتسور؛ فلا قَوَدَ فيه، وفيه الدية.

قيل لمحمد: فلو كان الخبر بذلك فاشيًا قبل قتله، ولعله تشكى به قبل ذلك.

قال: لا أظنه ينفعه؛ لخوفِ أن يكون اختدعه حتى أدخله بيته.

ومن كتاب ابن سحنون قال سحنون[3]: إن تأذَّى به وأشهد عليه بامرأته أو جاريته، ثُمَّ قتله؛ لم يكن عليه شيء، وكذا لو أشهد عليه وهو غائب، وعلم أن المشهود عليه علم ذلك / ثُمَّ وجد في داره مقتولًا. [ز:694/أ]

ومن كتاب ابن المواز: ولو أنه دخل بيته بغير[4] إذنه؛ لكان في هذا بيان إذا تعمَّد قتله.

قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون -يرفعه إلى عمر رضي الله عنه- فيمن هربت امرأته إلى قومها، فذهب في طلبها برجلين، فقام أبوها إليهم[5] بعمود فأخذه منه أحدهما فضربه به فكسر يده، وأخذ الرجل امرأته؛ فلم يقد له منه عمر وقضى له بالدية.

قال عبد الملك: لم يرَ فيه قصاصًا؛ لأنه إنما كفَّه عن عدائه بضربه إياه، وليس بالعمد[6] الذي يُقْتَص منه، وهو حسن من القول.اهـ[7].

قلتُ: وحيث ذكر في هذا الباب الدية؛ فإنما ذلك -والله أعلم- لأنه لم يتحقَّق أنه لا يندفع إلَّا بذلك، وأمَّا لو تحقق أنه لا يندفع إلَّا به؛ فهدر، وعليه يحمل ما في كتاب

---

(1) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: 299/2 وما بعدها.

(2) ما يقابل كلمتي (كأن يرى) بياض في (ز).

(3) كلمتا (قال سحنون) ساقطتان من (ز).

(4) كلمة (بغير) يقابلها في (ب): (من غير).

(5) في (ب): (إليه).

(6) ما يقابل كلمة (بالعمد) بياض في (ز).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 14 /224 وما بعدها.

ابن المواز من الدية، وما في قضية عمر، وفيها حجة لتأويل أصحاب مالك حديث العاض.

وانظر أيضًا مَضْمن القضية مع ما ذكر المصنِّف وغيره من أن من قدر على الهروب لا يجوز له الجرح، هل هو وفاق؟ أو خلاف؟

وأمَّا جواز دفع غير الفاهم؛ فقد تقدَّم عن "المعونة"[1].

وقال في الكتاب المذكور من "النوادر[2]" -ونقله ابن يونس[3]-: ومن "المجموعة" قال ابن القاسم وغيره عن مالك في الجمل الصؤول صال على رجل، فخافه، فقتله: إنه هدر، إذا ثبت أنه صال، فإن لم يقم بينة أنه صال[4]؛ ضمن الجمل.اهـ[5].

وقال في الديات الأول من "البيان": ورَوى عيسى عن ابن القاسم: إن قتل رجل الجمل الصؤول بعد التقدم إلى صاحبه، فذكر أنه أراده وصال عليه؛ لم يضمنه، وقُبِل قوله مع يمينه بغير بينة إذا كان موضع ليس بحضرة الناس، وهو على ما تحصَّل من القول في رسم (باع[6] شاة) من سماع عيسى من جامع البيوع فيمن يدَّعي ضياع ما أؤتمن عليه مما لا يغاب عليه.اهـ[7].

وظاهر النقلين متعارِض، إلَّا أن يقال: مسألة "النوادر" لم يتقدم إلى صاحب الجمل فيها[8]؛ فلذا يضمنه إن لم تقم بينة على الصؤول.

ومما ينبغي أن يذكر هنا ضمان رب الجمل الصؤول ما أتلف بعد التقدم[9] كما

---

(1) انظر النص المحقق: 9/ 123.

(2) كلمتا (من النوادر) ساقطتان من (ز).

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 130/12.

(4) كلمتا (أنه صال) زائدتان من (ع2).

(5) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 514/13.

(6) كلمة (باع) ساقطة من (ع2).

(7) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 498/15.

(8) في (ز): (فيه).

(9) في (ب): (التقويم).

في "المدونة" في الكلب العقور، وقدَّمه المصنِّف في أول باب الجنايات إلَّا أنه لم يذكر غير الكلب، وكما[1] في الحائط المائل، وقدَّمنا من الأنقال في هذا في أول الجنايات جملةً صالحةً[2].

وفي الديات الأول من "العتبية" من سماع عيسى من ابن القاسم في الثور العقور، والجمل الصؤول، والكلب العقور، أو شيء من العجماء إذا عرف بالعداء على الناس؛ أمر ربه بذبحه وتقدم إليه، وما عقر بعد التقدم إليه؛ ضمنه في ماله، ولو بلغ الدية، ولو قتل رجلًا بعد التقدم إليه، ولم يشهد على قتله إلَّا شاهد واحد؛ حلف ورثته معه، واستحقوا الدية.

قال ابن رشد: يريد: ولو كان التقدم بالجيران دون السلطان كما في "المدونة" خلاف سماع عبد الملك في كتاب السلطان أنه لا يضمن إلَّا بتقدم السلطان، وقيل: يضمن وإن لم يتقدم إليه ولم يشهد عليه، قاله أشهب وسحنون في الحائط إذا بلغ مبلغًا يجب [عليه][3] هدمه فتركه، وهذا في اتخاذه حيث يجوز له اتخاذه، وأمَّا[4] إن اتخذه حيث لا يجوز له؛ فلا خلاف في ضمانه ما أصاب، وإن لم يتقدم إليه.

ومذهب أشهب في الكلب العقور والجمل الصؤول؛ أنه لا ضمان على ربهما[5] بحالٍ، وإن تقدم إليه، فهو قول رابع، ونفيه أن يكون ذلك على العاقلة وإن كان[6] المعقور حرًّا؛ خلاف ما في كتاب السلطان من قول ابن وهب في سماع زونان أنه عليها إن بلغ الثلث، وقول ابن القاسم أظهر؛ لأنَّ العاقلة لا تحمل العمد ، وهذا فيه شبه[7] العمد؛ لتعمده في حبس هذا الحيوان المؤذي حيث لا يجوز له.

واستحقاق ذلك باليمين مع الشاهد صحيحٌ على أنه ليس على العاقلة، ولا

---

(1) في (ب): (فكما).

(2) انظر النص المحقق: 7/ 57.

(3) كلمة (عليه) زائدة من بيان ابن رشد.

(4) في (ز): (أما).

(5) في (ز): (ربها).

(6) كلمتا (وإن كان) ساقطتان من (ز).

(7) ما يقابل كلمة (شبه) بياض في (ز).

يحلف على قياس قوله مع قول المعقور.

وحكى ابن مزين عن أصبغ: لا يثبت إلَّا بشاهدين، وأنكر رواية / عيسى، وعلى [ز:694/ب] قولِ ابن وهب يستحق ذلك بما يستحق به دم الخطأ من القسامة وغير ذلك.اهـ[1].

قال ابن عرفة رَحِمَهُ اللَّهُ في قول ابن رشد: (واستحقاق ذلك باليمين مع الشاهد) إلى قوله (المعقور): كذا وجدته في نسختين من "البيان"، وفي فهمه نظر.اهـ[2].

قلتُ: وكذا[3] وجدته في النسخة التي رأيت، ومعنى كلامه عندي أنه لمَّا لم يكن ذلك على العاقلة عند ابن القاسم استحق باليمين الواحدة مع الشاهد؛ لأنَّ ما يكون على العاقلة لا يستحق بيمين واحدة[4]؛ بل بخمسين يمينًا.

وأمَّا قوله: (ولا يحلف على قوله مع قول المعقور) فمعناه -والله أعلم- إن قال المعقور: عقرني كلب فلان ومات؛ فإنه لا يحلف مع قوله على قول ابن القاسم؛ لأنه ليس بخطأٍ تحمله العاقلة، ولا عمد يجب فيه القصاص، وإنما هو مالٌ من الأموال، ولا قسامة في المال[5]؛ ولهذا لم يفرِّق ابن القاسم بين الحرِّ والعبد في هذا الباب.

وأمَّا على قول ابن وهب الذي يجعله على العاقلة؛ فينبغي أن يحلف مع قوله، وهذا مما يدخل تحت قول ابن رشد: (وغير ذلك) في تفريعه على قول ابن وهب، فتأمله فإنه دقيق.

فإن قلتَ: قول ابن رشد في توجيه قول ابن القاسم: هو شبه العمد؛ يقتضي أن يقسم مع قوله كقول الميت: قتلني أبي عمدًا.

قلتُ: ليس يعني ابن رشد أن هذا من شِبْه العمد المصطلح عليه، وإنما ذكر ذلك؛ توجيهًا[6] لجعلِ ابن القاسم غرامة ذلك في المال لا على العاقلة.

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 497/15 و498.

(2) المختصر الفقهي، لابن عرفة: 294/10 و295.

(3) في (ب): (كذا).

(4) كلمتا (بيمين واحدة) يقابلهما في (ع2): (باليمين الواحدة).

(5) في (ع2): (مال).

(6) كلمة (توجيهًا) زائدة من (ز).

وأمَّا أنه إن قدر[1] على الهروب فلا يجوز له الجرح؛ فلم أقف عليه إلَّا في نقل ابن شاس ومن درج[2] على طريقته[3]، ونصُّه: وأمَّا المدفوع عنه: فكل معصوم من نفس، وبضع، ومال.

قال القاضي أبو بكر: وأعظمها حرمة النفس، قال: وأمره بيده إن شاء أسلم نفسه وإن شاء دفع عنها، قال: ويختلف الحال فإن كان زمن فتنة؛ فالصبر أَوْلَى، وإن كان مقصودًا وحده؛ فالأمر سواء، قال[4]: وبعد ذلك الأهل والمال، قال: وأعظم من هذه[5] حرمة، إلَّا أنه أقوى رخصة الدين، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ﴾ [النحل: 106].

وأمَّا كيفية الدفع، فقال القاضي أبو بكر: لا يقصد القتل، وإنما ينبغي أن يقصد الدفع، فإن أدَّى إلى القتل، فذلك، قال: إلَّا أن يعلم أنه لا يندفع عنه إلَّا بقتلِه، فجائزٌ له أن يقصد القتل ابتداء.

ولو قدر المصول عليه على[6] الهروب من غير مضرةٍ تلحقه؛ لم يجز له الدفع بالجراح، فإن لم يقدر؛ فله أن يدفعه بما يقدر، ولا يتعين قصد العضو الجاني.اهـ[7].

[ضمانُ ما أتلفته البهائم]

وما أَتْلَفَتْهُ البَهائِمُ لَيْلًا فَعَلَى رَبِّها وإِنْ زادَ عَلَى قِيمَتِها بِقِيمَتِهِ عَلَى الرَّجاءِ والخَوْفِ؛ لا نَهارًا إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَها راعٍ، وسُرِّحَتْ بُعْدَ المَزارِعِ وإِلَّا فَعَلَى الرّاعِي

لمَّا ذكر جناية العاقل والصائل من غير العاقل أتبع ذلك بالكلام على جناية البهائم على الزراعات، فقال: إن ما أَتْلَفَتْهُ الْبَهَائِمُ في الليل، ويعني: من المزروعات

(1) كلمتا (إن قدر) يقابلهما في (ز): (أقدر).

(2) في (ز): (خرج).

(3) في (ب): (طريقه).

(4) كلمة (قال) ساقطة من (ز).

(5) في (ز): (هذا).

(6) حرف الجر (على) ساقط من (ز).

(7) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1181/3 و1182.

التي تشمل الحرث والأشجار، ويدل على أنه أراد أن المتلَف الزرع دون غيره، وإن كان لا تعيين للمفعول في كلامه وجوه:

الأول شهرة المسألة.

الثاني أنه فرغ من الحديث على إتلاف البهيمة النفس والمال.

الثالث قوله: (**بُعْدَ المَزارِعِ**).

فعلى ربِّ البهائم ضمان ذلك الزرع بغرمِ قيمته كاملة إن أدرك، وإلَّا فيغرم قيمته على رجاء أن يتم لو بقي، وخوف أن لا يتم يقال مثلًا: لو بقي هذا الزرع وتمَّ فقيمته دينار، ولو لم يتم ورعي فقيمته[1] نصف دينار؛ فاللازم ثلاثة أرباع الدينار، كذا أظن معنى كلامهم -والله أعلم- وإن لم يكن معناه هذا؛ بل على ما يقتضيه ظاهر اللفظ من أنه يقوَّم على خوف أن لا يتم بجائحة تصيبه قبل النفع به فمشكل جدًّا؛ إذْ لا قيمة له على هذا التقدير، فتنحصر القيمة على رجاء أن يتم، فتأمله مع أنقالهم.

وظهر أنه لا بدَّ من تقديرٍ في كلام المصنف بعد قوله: (**وَالْخَوْفِ**)؛ أي: إن لم يبلغ، وإنما لم يصرِّح به للعلم به؛ لأنَّ ما بلغ لم يبقَ فيه ما يُرْجَى ولا ما يخاف؛ فيُغَرَّم بقيمته كاملة، ثُمَّ إذا لزمت أرباب / الماشية هذه القيمة فإنهم[2] يغرمونها، وإن زادت على قيمة الماشية المتلفة، ولا يقال: إن قيمةَ جنايتها لا تزيد على قيمتها كجناية العبد التي هي في رقبته. **[ز:695/أ]**

ففاعل (**زادَ**) في كلام المصنف ضمير المضمون المفهوم من السياق، أو ضمير القيمة؛ لأنها في معنى الثمن.

ولا يضمن أرباب البهائم ما أفسدته بالنهار من الزورع، وهذا معنى قوله: (**لا نَهارًا**).

وقوله: (**إِنْ لَمْ**) إلى (**المَزارِعِ**)؛ أي: وإنما لا يضمنون ما أتلفته بالنهار بشرطين: إن كانت عادتهم أنهم يطلقونها بغير راعٍ.

---

(1) كلمة (فقيمته) يقابلها في (ب) و(ع2): (قيمته للرعي).

(2) في (ز): (فالقوم).

وأن[1] يخرجوها عن حدِّ[2] جميع المزارع.

وقوله: (وإلا) هو تصريحٌ بمفهوم[3] أحد الشرطين؛ أي: وإن كانت براعٍ؛ فضمان ما أتلفت نهارًا على الراعي لا على أربابها؛ لأنهم لم يفرِّطوا والمفرِّط الراعي، وفي لفظِه قلق؛ لقصوره عن التصريح بمفهوم الشرط الآخر.

ولو قال: (وإلَّا فعلى الراعي) أو (عليهم) لكان تصريحًا بمفهوم الشرطين؛ أي[4]: وإن كانت براعٍ يرعاها أو لم تكن براعٍ، ولم يخرجوها عن جميع المزارع؛ بل تركوها تسرحُ بين الزروع[5]؛ فإن أربابها[6] يضمنون -أيضًا- ما أتلفته بالنهار على الوجه الذي يضمنونه بالليل.

قال في "الرسالة": وما أفسدت الماشية من الزرع والحوائط[7] بالليل؛ فذلك على أرباب الماشية، ولا شيء عليهم في فساد النهار. اهـ[8].

وفي إحياء الموات من كتاب ابن الجلَّاب: وما أفسدت[9] المواشي بالليل من الزرع والشجر والنخل والتمر؛ فضمان ذلك على أربابها، وإن زاد على قيمتها، وما أفسدته من ذلك بالنهار؛ فلا ضمان على أربابها فيه.

وما أتلفته المواشي من الأموال سوى الزرع والثمار من النفوس والعروض، ليلًا كان أو نهارًا؛ فلا ضمان عليهم فيها. اهـ[10].

---

(1) في (ز): (أو).

(2) كلمة (حدِّ) ساقطة من (ز).

(3) عبارة (هو تصريحٌ بمفهوم) يقابلها في (ز): (فهو تصريح لمفهوم).

(4) كلمة (أي) ساقطة من (ب).

(5) في (ب): (الزرع).

(6) كلمتا (فإن أربابها) يقابلهما في (ع2): (فإن الراعي أو أربابها).
في (ب): (وأربابها).

(7) كلمة (والحوائط) يقابلها في (ب): (أو الحائط).

(8) الرسالة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا)، ص: 80.

(9) في (ز): (أفسدته).

(10) التفريع، لابن الجلَّاب (العلمية): 310/2.

وأصل هذه المسألة ما في أقضية "الموطأ" من أَنَّ نَاقَةً لِلْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ فَأَفْسَدَتْ فِيهِ فَقَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ[1] حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتْ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا.اهـ[2].

وضامن بمعنى مضمون كماء دافق، قال الباجي: وسواء كان الزرع محظرًا عليه أم لا، وفي "المدونة" عن ابن القاسم: وجميع الأشياء في ذلك سواء.اهـ[3].

قلتُ: يريد: جميع الأشياء من النبات؛ لما يأتي أنهم لا يضمنون ما وطئته ليلًا من إنسان نائم.

وفي الأقضية من "النوادر" من "العتبية": روى أشهب وابن نافع عن مالك سُئِل عمَّا أفسدت المواشي بالليل والنهار من الحوائط التي يحرسها أصحابها بالليل، أو غلطوا[4] ألا يحرسوها أذلك[5] سواء؟

قال: نعم، كل[6] ما أفسدت مِنْ زرع أو حوائط، والزرع محظور عليه أو لا، ولا يحرس؛ فعلى أهل المواشي ما أفسدت بالليل، ولا شيء عليهم فيما أفسدت بالنهار، ويضمن[7] أرباب المواشي والدواب ما أفسدت ليلًا، وإن كان أكثر من قيمة المواشي، ويضمنون قيمة ما لم يبد صلاحه، وما[8] أفسدته -يريد: على غرره- ولا يضمنون إذا انفلتت الدابة ليلًا فوطئت إنسانا نائمًا إنما هذا في الجنان والزرع.

وروى عيسى قيل لابن القاسم: كيف يغرم الزرع الأخضر؟ قال: قيمته؛ لرجاء بيعه على الرجاء والخوف.

---

(1) في (ب) و(ع2): (الحائط).

(2) الموطأ، لمالك: 1082/4.

(3) انظر: المنتقى، للباجي: 444/7.

(4) كلمتا (أو غلطوا) يقابلهما في (ز): (واغلطوا).

(5) كلمة (أذلك) يقابلها في (ع2): (إذ ذلك) وفي (ز): (ذلك).

(6) في (ع2): (وكل).

(7) في (ب): (ويضمنون).

(8) في (ز): (يوم).

قال عنه أصبغ: إن حفر رب الزرع حوله [حفيرًا][1] لمكان الدواب فيقع بعضها فيه فيهلك؛ لا شيء عليه، ولو لم ينذره[2]، وقاله أصبغ، وهو قول مالك إن شاء الله تعالى. اهـ[3].

وقال في "النوادر" في كتاب نفي الضرر: قال ابن حبيب: قلتُ لمطرِّف: إن الزرع عندنا كثير منبسط جدًّا لا يطيق أهله حراسته[4]، قال: سُئِل عنه مالك، فقال[5]: الحكم واحد[6] على حكم رسول الله ﷺ.

ثُمَّ قال: قال ابن حبيب: قلتُ لمطرِّف: فما أفسدت من الزرع أخضر كيف يغرم؟

قال: قال مالك: على الرجاء والخوف أن يتم أو لا يتم.

يريد: أن لو جاز ذلك فيه، قال: فيغرم قيمته ولا يُستأنى بالزرع أن ينبُتَ كما في سنِّ الصبي.

قال مطرِّف: فإن عاد الزرع إلى حاله بعد الحكم بقيمته؛ لم ترد؛ لأنه حكم / نفذ، فإن عاد قبل الحكم بها؛ سَقَطت، وليس على المفسد إلَّا الأدب بقدرِ سفهه؛ إلَّا أن يكون ما أفسد كان يُرعى ويُنتفع به؛ فعليه قيمته على الرجاء والخوف، وعليه الأدب، وقال أصبغ عن ابن القاسم في صدر المسألة كقول[7] مطرِّف. [ز:695/ب]

وقال أصبغ: إن عاد لهيئته[8] قبل[9] الحكم فهو عندي مثله يُقوَّم على الرجاء والخوف؛ نبت أم لا، كان قبل الحكم أو بعده.

---

(1) ما بين المعكوفتين زيادة من النوادر والزيادات.

(2) في (ب): (ينذرهم).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 239/8 و240.

(4) كلمة (حراسته) ساقطة من (ب).

(5) في (ع2): (قال).

(6) ما يقابل كلمة (واحد) بياض في (ع2).

(7) كلمة (كقول) يقابلها في (ز): (في قول).

(8) كلمة (لهيئته) ساقطة من (ز) و(ع2) وقد انفردت بها (ب).

(9) كلمتا (لهيئته قبل) يقابلهما في (ع2): (قول).

قال ابن حبيب: وقول مطرِّف أحب إليَّ.

قال ابن حبيب: قال الشعبي: دخلت شاة بيت حائك، فأفسدت عمله؛ فقال شريح: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ﴾ [الأنبياء: 78] ولا يكون النفش إلَّا بالليل.اهـ[1].

وأمَّا ما تضمنه قول المصنف: (إِنْ لَمْ يَكُنْ...) إلى آخره، على ما شرحناه؛ فقال في كتاب الجنايات من "المقدمات"[2]: وإنما يسقط عنه الضمان فيما أفسدت من الزرع بالنهار إذا أخرجها عن جملة مزارع القرية وتركها بالمسرح، وأمَّا إن أطلقها للرعي قبل أن تخرج من[3] مزارع القرية دون راعٍ يذودها عن الزرع؛ فهو ضامنٌ لما أفسدت، وإن كان معها رعاتها؛ فلا ضمان عليه، وإنما الضمان على الراعي إن ضيَّع أو فرَّط حتى أفسدت شيئًا، على هذا جل أهل العلم.اهـ[4].

وقال الباجي: المواضع عندي ثلاثة: موضع تتداخل فيه المسارح والمراعي.

والثاني ينفرد للمراعي[5] أو الحوائط لا للسرح.

والثالث للسرح لا للزرع.

فالأول؛ هو الذي ورد فيه الحديث عندي، والألف واللام في الحوائط والمواشي في الحديث للعهد؛ لاجتماع الأمرين فيه، فلو لم يكن لأهل المواشي إرسالها بالنهار فيها؛ لخرج[6] عن أن[7] يكون مسرحًا لها، ولو أريد بالحديث الشاذة من المواشي لما قضى على أهل الحوائط بحفظها نهارًا؛ لأنَّ ما يشذ لا يحتاج إلى الحفظ، ولكان حكم ما أصابت نهارًا حكم ما أصابت ليلًا.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 65 وما بعدها.

(2) في (ز): (الغرماء).

(3) في (ب) و(ز): (عن).

(4) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 3/ 343.

(5) في (ز): (المراعي).

(6) في (ز): (يخرج).

(7) كلمة (أن) ساقطة من (ز).

وموضع الزرع دون السرح؛ لا يجوز عندي إرسال المواشي فيه، ويضمن أربابها ما أفسدت نهارًا أو ليلًا، وقد قال أصبغ في "المدنية": لا يجوز إخراج المواشي إلى قرى[1] الزرع بغير ذواد وعلى أربابها أن يذودوها عن الزرع، فإذا بلغوا المسارح سرحوها، فما شذَّ منها إلى الزرع والجنات؛ فعلى أصحاب الزرع والجنات دفعها.

وأمَّا الثالث؛ وهو ما جرت العادة بإرسال المواشي فيه ليلًا ونهارًا، فأحدث رجلٌ فيه زرعًا من غير[2] إذن الإمام في الإحياء؛ فلا يضمن أهل المواشي ما أفسدت فيه؛ إذْ لهم إرسالها ليلًا[3] ونهارًا.اهـ[4].

ولم يتعرَّض في "المدونة" لهذه المسألة إلَّا ما أشار إليه في البيوع الفاسدة من قوله: وإذا كانت المواشي والدواب تعدو في زرع[5] الناس؛ فأرى أن تغرب وتباع في بلاد لا زَرْع فيها، إلَّا أن يحبسها أربابها عن[6] الناس.اهـ[7].

قال ابن يونس: قال بعض أصحابنا الفقهاء: وعلى البائع أن[8] يبين أنها تعدو في زرع الناس؛ لأنَّ مشتريها قد يبيعها في بلدٍ فيه زرع؛ فهو عيبٌ لا بدَّ من بيانه.

قال: وإن كان[9] باعها في بلاد[10] الزرع؛ لم يفسخ؛ ولكن إن منعها المشتري من ذلك، وإلَّا بيعت عليه -أيضًا-.

قال ابن يونس: يريد: إذا بيَّن له أنها تعدو، وإن لم يبيِّن؛ فعيب يرد[11] به؛ إذْ قد

---

(1) ما يقابل كلمة (قرى) بياض في (ز).

(2) كلمتا (من غير) يقابلهما في (ب): (بغير).

(3) كلمة (ليلًا) ساقطة من (ز).

(4) انظر: المنتقى، للباجي: 446/7.

(5) في (ز) و(ع2): (زروع).

(6) في (ب): (على).

(7) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 157/4 وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 53/3.

(8) كلمة (أن) زائدة من (ز).

(9) كلمة (كان) زائدة من (ع2).

(10) في (ب) و(ز): (بلد).

(11) عبارة (إذا بين له... فعيب يرد) ساقطة من (ب).

يكلف بيعها، فيخسر فيها.

قال: وإذا عرف أنها تعدو، وقد تقدَّم إلى أربابها؛ فليضمنوا ما أفسدته ليلًا أو نهارًا؛ لأنهم المفسدون؛ إذْ لم يمسكوها، وإن لم يتقدم إليهم؛ ضمنوا ما أصابت ليلًا؛ لأنَّ عليهم حفظها، ولا يضمنوا ما أصابته نهارًا؛ لأنَّ على أهل الحوائط حفظها نهارًا؛ للحديث.

وذكر ابن سَحنُون أن الحديث إنما هو في المدينة؛ لأنَّ حوائطهم إنما هي في[1] محظرة، وأمَّا السواحل وشبهها، فيضمن[2] أربابها ما أفسدت[3] بليلٍ أو نهار.

وقال بعض أصحابنا: لو كانت المزارع كثيرة ممتدة لا[4] يقدر أربابها على حراستها؛ لم يكن على أهل المواشي شيء.

قال ابن يونس: ولو عكس هذا؛ لكان أَوْلَى؛ لأنَّ الأمر إن كان كذلك؛ كان على أربابها ألا يخرجوها / إلَّا براعٍ يرعاها.اهـ[5]. [ز:696/أ]

تنبيه مهم:

قال ابن عرفة: قال ابن الحاجب: وما أتلفته البهائم[6] من الزرع نهارًا؛ فلا ضمان، وفسر إن استهمل[7] بغير حافظ.

قلتُ: كذا هو في نسخة (إن استهمل)[8] بالإثبات.

قال ابن عبد السلام: أي: وفسر قول مالك بما إذا كان الزرع مهملًا لا حافظ له كالحائط وشبهه، وليس[9] هذا التفسير بالمتفق عليه.

---

(1) عبارة (إنما هي في) ساقطة من (ز).

(2) في (ز): (فيضمنون).

(3) في (ب): (أفسدته).

(4) في (ب): (ولا).

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 245 و246.

(6) كلمة (البهائم) ساقطة من (ب).

(7) في (ز): (استعمل).

(8) في (ز): (استعمل).

(9) في (ز): (ليس).

قلتُ: هو معنى قول أبي عمر المتقدم: إنما يسقط الضمان إذا أطلقت دون راعٍ إلى آخر كلامه. وقول ابن الحاجب: (إن استهمل) محمولٌ على المعنى في تذكير الضمير؛ أي: إن استهمل المفسد.

وحمل ابن هارون لفظ ابن الحاجب على نفي الاستهمال؛ فقال: وفسر إن لم يستهمل بغير حافظ.

ونقل قول[1] ابن شاس: قال محمد بن حارث: هذا محمولٌ على أن أهل الماشية لا يهملون مواشيهم بالنهار، وعلى أنهم يجعلون معها حافظًا وراعيًا، وإن أهملوها فهم ضامنون.

قلتُ: وهذا عكس ما تقدَّم لأبي عمر، وكلاهما لم يجعل الحفظ راجعًا إلَّا للماشية لا للحوائط فاعلمه.اهـ نص ابن عرفة[2].

قلتُ: الكلام الذي قدَّم لأبي عمر هو قوله قبيل[3] هذا: أبو عمر: إنما يسقط الضمان نهارًا عن أرباب الماشية إذا أطلقت دون راعٍ، وإن كان معها راعٍ فلم يمنعها، ويقدر على دفعها؛ فهو كالقائد والراكب.اهـ نص ما نقل عن أبي عمر[4].

قلتُ: أمَّا كلام ابن الحاجب فتفسيره كما ذكر ابن عبد السلام في النسخة التي رأيت من ابن عبد السلام سواء، ثُمَّ كلامه وكلام هؤلاء الأشياخ الثلاثة في تفسيره مشكِل، وكلام الشيخ ابن عرفة أقرب للتحقيق ولموافقة ما نقل عن أبي عمر، وضرورة الموافقة دعته إلى ما ارتكب من التأويل البعيد في مرجع ضمير (استهمل)، وهذا إن كلامه تصحيحًا لكلام ابن الحاجب، ولم يرتض كلام ابن عبد السلام.

---

(1) كلمة (قول) ساقطة من (ب).

(2) انظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة: 299/10 وما تخلله من قول ابن الحاجب فهو بنحوه في الجامع بين الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 783/2 وقول ابن عبد السلام بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 51/17 وقول ابن شاس بنحوه في عقد الجواهر، لابن شاس: 1182/3 وقول ابن عبد البر بنحوه في الاستذكار، لابن عبد البر: 207/7.

(3) في (ز): (قبل).

(4) المختصر الفقهي، لابن عرفة: 297/10 وما تخلله من قول ابن عبد البر فهو بنحوه في الاستذكار، لابن عبد البر: 207/7.

أمَّا كلام ابن عبد السلام، فنصه على ما نقل شيخنا ابن عرفة ما تقدَّم، ولا أدري هل نقله مختصرًا بالمعنى على ما ظهر له، أو كذلك هو في نسخته؛ لأني وجدته في نسخةٍ بزيادة: ونصُّها: أي: وفسر قول مالك بسقوط الضمان نهارًا بما إذا كان... إلى آخره[1].

واعلم أولًا أن كلام ابن الحاجب تضمن حكمين منطوقًا وهو سقوط الضمان نهارًا ومفهومًا[2]، وهو ثبوته ليلًا، فكلام ابن عبد السلام على ما نقل شيخنا ابن عرفة يحتمل أن يرجع التفسير فيه إلى الحكمين أو إلى المنطوق خاصة كما في نسختي، أو إلى المفهوم خاصة.

وعلى[3] كل حال فهو مشكل، أمَّا أولًا؛ فلأنَّ قول مالك على ما نقل في أحكام الدماء من "النوادر" عن كتاب ابن المواز صريحٌ في أن لا فرق بين المهمل من الزرع وغيره، ونصُّه في ترجمة (فيما أصاب الكلب العقور...) إلى آخرها.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك: إذا كانت الإبل تعدو على الزرع؛ قد عرفت بذلك؛ فلتبع بغير موضع زرع، وما أفسدت المواشي والدواب بالليل؛ ضمنها أربابها من زرعٍ أو حوائط، وإن لم يحل بيعه؛ يقوم على الرجاء والخوف، فيغرم ذلك، وإن كان أكثر من قيمة الماشية، كان على ذلك حارس، أو لم يكن حارس له، أو عليه حظيرة، أو لا تحظير، وما أفسدت بالنهار، لم يضمنه.اهـ[4].

ومثله للباجي قال: وسمع أشهب سواء كان محظرًا عليه أو غير محظر. اهـ[5].

فكيف[6] يفسر قول مالك بخلاف ما صرَّح به؟

---

(1) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 52/17.

(2) كلمة (ومفهومًا) يقابلها في (ز): (بل مفهومًا).

(3) في (ز): (على).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 515/13.

(5) المنتقى، للباجي: 7/ 398.

(6) في (ز): (وكيف).

وأمَّا ثانيًا؛ إن رجع إلى المفهوم؛ فلأنه شرطٌ يخالف[1] قضاء رسول الله ﷺ أن على أرباب الماشية حفظها بالليل، فإنَّ ظاهره الإطلاق؛ كان الزرع محفوظًا أو لا، ومثل هذا يلزم إن رجع إلى المنطوق إلَّا أن الإلزام في رجوعه إلى المفهوم أقوى، وخرج من هذا لزوم هذا الإشكال على كل تقدير، فإن كان ابن عبد السلام نقل هذا التفسير عن غير المصنِّف؛ فلا استدراك عليه إلَّا في شرح كلام المصنف به؛ لاحتمال كلام المصنف / لغيره كما ترى[2] وإن لم يكن له مستندٌ فيه إلَّا ما فهم من نقل المصنف له بالاستدلال متضاعف، والظاهر الأول؛ لقوله: وليس هذا التفسير بالمتفقِ عليه. [ز:696/ب]

وأمَّا[3] كلام ابن عبد السلام على ما في نسختي من تخصيص تفسير[4] قول مالك بنفي[5] الضمان نهارًا، ففيه من الإشكال مع ما تقدَّم أنه يعطي بمقتضى مفهوم الشرط أن الزرع إذا كان بحافظ؛ فلا ضمان على أرباب الماشية إن أفسدته نهارًا، وهذا لا وجه له؛ لأنَّ الضمان فيه إذا حفظ أَوْلَى؛ لأنَّه لم يهمل فليس لأحدٍ إفساده، ثُمَّ ظاهر هذا التفسير أن إهمال الزرع كافٍ في سقوط الضمان نهارًا؛ أهملت الماشية أو كان معها راعٍ ضيَّع أم لا، وهو ضعيف، ومخالف لتقييد أبي عمر، وابن حارث، ولتقييد الباجي أيضًا؛ لقوله: الموضع المختص بالمزارع فيه[6] الضمان بالليل والنهار، ولكلام ابن رشد الذي قال فيه: (عليه جل العلماء) وأيضًا فهذا التفسير خارجٌ عن التفاسير الأربعة التي ذكرها الناس للحديث، كما تراها إن شاء الله تعالى.

وأمَّا كلام ابن هارون فضعيفٌ؛ لتفسيره الشيء بضِدِّه، فإنه فسَّر كلام ابن الحاجب المثبت بالنفي، هذا إن فهم[7] أن الاستهمال من صفات المفسد، وتأوَّل ما

---

(1) في (ب) و(ع2): (بخلاف).

(2) كلمة (ترى) زائدة من (ز).

(3) عبارة (نقل المصنف له... عليه وأمَّا) زائدة من (ز).

(4) كلمة (تفسير) زائدة من (ز).

(5) كلمة (بنفي) يقابلها في (ز): (له في).

(6) في (ز): (ففيه).

(7) في (ب): (أفهم).

تأول ابن عرفة في تذكير الضمير النائب عن الفاعل فاستهمل، وأمَّا إن فهم أن المرفوع[1] باستهمل ضمير الزرع كما فهم ابن عبد السلام، فتفسيره استهمال[2] الزرع بعدم استهمال الماشية وهمٌ وغفلةٌ لا يقال: هما متلازمان؛ لأنه إذا كان للماشية حافظٌ فهو حافظ الزرع بعينه؛ لأنا[3] نقول: الذي يُعْتبر حفظ الزرع، ولا يبالي بالماشية كيف كانت وبالعكس.

وأمَّا كلام[4] شيخنا ابن عرفة، فإن كان لفظ (هو) من قوله: (هو معنى قول أبي عمر) راجعًا إلى كلام ابن عبد السلام، وهو ظاهر السياق؛ فوهمٌ[5] لا يخفى؛ لأنَّ المهمل عند ابن عبد السلام الزرع كما صرَّح به، وعند أبي عمر الماشية؛ فأنَّى يلتقيان حتى يكون أحدهما معنى الآخر، وإن كان لفظ: (هو) راجعًا إلى كلام ابن الحاجب حتى يكون فيه ردٌّ على ابن عبد السلام وردّ الإهمال إلى الزرع فبعيدٌ؛ لأنَّ المناسب كان في التعبير أن يقول: إنما معنى كلام ابن الحاجب قول أبي عمر المتقدم.

وقوله: (إن استهمل) حمل على المعنى، ولمَّا قال: (وقول ابن الحاجب) بإيقاع الظاهر موقع المضمر علمنا أن كلامه مع ابن عبد السلام.

لا يقال: إنما صرح به، ولم يضمره؛ لئلا يتوهم رجوع الضمير إلى ابن عبد السلام؛ لتقدم كلامه؛ لأنا نقول: ليس في كلام ابن عبد السلام لفظ (استهمل)، وإنما ذكر ابن عبد السلام معناه.

وإذا تبين الإشكال في رجوع لفظ (هو) إلى كلام ابن الحاجب على انفراده وكلام ابن عبد السلام على انفراده تبين أن[6] رجوعه إليهما معًا على أنهما بمعنى واحد مشكل أيضًا.

---

(1) في (ز): (المفهوم).

(2) في (ز): (استهمل).

(3) كلمتا (بعينه؛ لأنا) يقابلهما في (ز): (تعيينه ولأنا).

(4) كلمتا (وأمَّا كلام) يقابلهما في (ز): (وكلام).

(5) ما يقابل كلمة (فوهمٌ) بياض في (ز).

(6) كلمة (أن) ساقطة من (ب).

وقوله في كلام ابن حارث: (هذا عكس ما تقدم لأبي عمر) هو كذلك من حيث الظاهر، ولك أن توفق بين[1] الكلامين بما ذكره الباجي في التقسيم، فكلام أبي عمر في القسم[2] الأول، وهو المكان الذي جمع المرعى والحوائط، وكلام ابن حارث في الموضع الذي تنفرد فيه المزارع أو الحوائط، فأخرج أهل الماشية مواشيهم عن جملتها فشذَّ منها ما أفسد؛ فلا ضمان، وإن لم يخرجوها عن جملتها؛ ضمنوا، وهو -أيضًا- معنى كلام ابن رشد، وهو جمعٌ ظاهر.

وأمَّا قول الشيخ: (وكلاهما...) إلى آخره، فإن رجع الضمير المخفوض بـ(كلا) إلى ابن عبد السلام وابن هارون؛ فوهمٌ ظاهرٌ باعتبار كلام ابن عبد السلام كما تقدَّم، وإن رجع إلى أبي عمر وابن حارث حتى يكون تنكيتًا[3] على ابن عبد السلام في ردِّه الإهمال إلى الزرع، فلا بأس بناء على أن الضمير من قول الشيخ: (هو معنى قول أبي عمر) راجعٌ إلى كلام ابن الحاجب على ما فيه، / وقد ظهر من الأنقال[4] التي ذكرناها في المسألة أن الحديث الكريم تأوَّل بتأويلات خمسة: [ز:697/أ]

- تأويل الباجي.
- وتأويل ابن عبد البر الذي نقل الشيخ.
- وتأويل ابن رشد.
- وتأويل ابن سحنون الذي نقل ابن يونس.
- وتأويل ابن حارث الذي نقل ابن شاس.

والتفسير الذي نقل ابن الحاجب خارجٌ عن جميعها إلَّا على ما يقتضيه كلام شيخنا ابن عرفة في أحد محمَلَيْه، فإنه موافق لكلام ابن عبد البر، وقد سلم المصنف خليل من هذه الإشكالات في هذا المختصر؛ لتركه عبارة ابن الحاجب جملة، واقتصاره على معنى تقييد ابن رشد.

---

(1) في (ز): (بهذا).

(2) كلمتا (في القسم) زائدتان من (ب).

(3) ما يقابل كلمة (تنكيتًا) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(4) في (ز): (الأقوال).

فرع: قال في كتاب نفي الضرر من "النوادر" "للمجموعة": سُئِل ابن كنانة عمَّن يتخذ برج الحمام فيتأذَّى به جيرانه في زرعهم وثمارهم، قال: فلا يُمْنَع من ذلك، وأكره أن يؤذي أحدًا.

وسُئِل بعض أصحابنا عن حمام الأبرجة وعصافيرها تُؤذِي زرع أهل القرية وغيرها، وبخاصة العصافير في شدَّة أذاها قريبة من الجراد، قال: لا أرى أن يمنع صاحب البرج من اتخاذ منافعه في جداره وبرجه، وعلى أهل الزرع حرس زرعهم بالنهار والذب عنه.

قيل: فالدجاج والإوز يتخذها فتُفسد الزرع، قال: لا يُمنع من[1] ذلك، وعلى أهل الزرع حرسُ زرعهم بالنهار.اهـ[2].

وقال في الباب الذي بعد هذا عن ابن حبيب: قال مالك في البقرة والناقة الضارة بالزرع[3]: فليأمر الإمام ببيعها، وإن كره ربها.

وسُئِل مطرِّف عن النخل يتخذها الرجل في القرية، وهي تضر من شجر القوم إذا نورت، أو يتخذ برجًا في[4] القرية ويتخذ فيها الكُوى للعصافير تأوي إليه ويصيب من فراخها، وهي كالحمام في إذايتها وفسادها للزرع[5]، هل يمنع من ذلك؟ قال: أرى أن يمنع من اتخاذ[6] ما يضر بالناس في زروعهم، وفي شجرهم.

قلتُ: ألا يكون ذلك كالماشية؟ قال: لا؛ لأنَّ هذه طائرة ولا يقدر على الاحتراس منها كما يُستطاع ذلك في الماشية.

وقد قال مالك في الدابة الضارية بفساد الزرع التي لا يحترس منها: إنها تُخرج،

(1) حرف الجر (من) ساقط من (ز).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 62/11.

(3) في (ب): (للزرع).

(4) ما يقابل كلمتي (برجًا في) بياض في (ز).

(5) كلمتا (وفسادها للزرع) يقابلهما في (ب): (وفساد أهل الزرع).

(6) في (ع2): (اتخاذها).

وتُعرف، وتُباع، والنحل والحمام أشد، وكذلك الدجاج[1] الضارية والإوز وشبهها مما لا يُستطاع الاحتراس منه، فأمَّا ما يستطاع الاحتراس منه كالماشية فلا يُؤْمر صاحبُه بإخراجه.

وقال أصبغ: النحل والحمام والدجاج والإوز كالماشية لا يمنع صاحبُها من اتخاذها وإن أضرت، وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم، وكذلك قال ابن القاسم.

وقال ابن حبيب بقول مطرِّف.اهـ[2].

ورأيت في آخر "طرر" ابن عات ما نصُّه: وليحيى بن عمر في رجلٍ كان مع غنم بين زرع، وخاف فوت وقت الصلاة؛ أنه يصلي، ويغرم قيمة الزرع إن أفسدته الغنم.اهـ[3].

والكلام في هذا الحكم متسع، فتأمَّله.

(1) في (ب): (الرجل).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 66/11.

(3) قول ابن عات بنحوه في نوازل البرزلي منسوبًا إليه: 313/4.

باب [في العتق]

قوله: (بابُ) هذا باب العتق، ووجه تأخير أحكام العبيد إلى هنا وجعلها متصلة بالوصايا والفرائض وجوه:

الأول أنَّ الجنايات التي فرغ منها موجِبة للإثم الذي هو دخول النار، ويجب أن يسعى في الخلاص منها، والعتق أقوى الأسباب في ذلك لما ورد فيه.

الثاني أن رغبة غالب الناس في العتق وشوائبه إنما تكون عند إياسهم من الحياة، وقربهم من الموت؛ لأنَّ حب الإنسان في المال شديد لا يَسْمح بإخراجه حال الصحة إلَّا الصابرون، ولمَّا فرغ من جميع ما يحتاج إليه من الأحكام عبادات ومعاملات حال الصحة لم يبق إلَّا ذكر ما يحتاج إليه عند الموت، وهو مندوب إليه في غير الأماكن التي يجب فيها قال تعالى: ﴿فَلَا ٱقۡتَحَمَ ٱلۡعَقَبَةَ ۝١١ وَمَآ أَدۡرَىٰكَ مَا ٱلۡعَقَبَةُ ۝١٢ فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد:11-13].

وفي "الصحيح" من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً، أَعْتَقَ اللهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْوًا مِنْ أَعْضَائِهِ مِنَ النَّارِ، حَتَّى فَرْجَهُ بِفَرْجِهِ**»(1)، والأحاديث في هذا الباب كثيرة.

ومعنى العتق لغة وشرعًا متقارب، فإن حقيقته: ارتفاع الملك عن الرقيق.

وسُمِّيَت الكعبة بالبيت العتيق؛ / لأنَّه لم يملكه أحد من الجبابرة، وقيل: لعتقه من الطوفان، وقد يستعمل في الجودة والكرم، ومنه فرس عتيق، وعتق الرجل: كرمه كأن الرق زال عنه ولحق بالأحرار، وتم فضله. [ز:697/ب]

وقد يُسْتعمل في القوة والسراح، ومنه عتق الفرخ إذا قَوِيَ على الطيران، كأنه خرج عن ضعف العبودية، وقيد الرق، وقوي على تَصَرُّفه باختياره وذهابه حيث شاء.

---

(1) متفق على صحته، رواه البخاري في باب قول الله تعالى: ﴿أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المائدة: 89] وأي الرقاب أزكى، من كتاب كفارات الأيمان، في صحيحه: 145/8، برقم (6715).

ومسلم في باب فضل العتق، من كتاب العتق، في صحيحه: 1147/2، برقم (1509) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

ويقال: العتق والعَتاق والعَتاقة -بفتح العين- فيهما، وعَتق الغلام -بفتح العين- ولا يقال -بضمها- وأعتقه سيده فهو معتق وعتيق، وعبيد[1] عتقاء، وإماء عتائق، ولا يقال: عاتق ولا عواتق إلَّا أن يراد مستقبل أمره فيقال: عاتق غدًا[2].

وقوله في الحد: (الملك) و(الرقيق)[3] يعني بهما: ما كان كذلك في نفس الأمر، فيخرج رفع الملك عمن استلحق بحرية؛ إذ لم يكن رقيقًا في نفس الأمر، وكذا رفع الملك عن الأسير المسلم بفدائه، ويخرج رفع الملك عن العبد بموته؛ لأنَّ الميت لا يملك.

و(الـ) في (الملك) و(الرقيق) إمَّا للجنس أو للحقيقة، فلا يرد على طرد الحد رفع الملك المخصوص عن العبد ببيعٍ أو هبةٍ أو نحوه؛ إذ لم يرتفع[4] عنه جنس الملك أو حقيقته.

ويشمل الرقيق -أيضًا- كل مَنْ فيه عقد حرية، كما أن الحدَّ يتناول رفع الملك عن بعض الرقيق.

وإذا أحطت علمًا بهذا الحد وفوائد قيوده؛ عَلِمْت أنه أخصر حَدٍّ ذكر هنا وأبينه.

وحدَّه شيخنا ابن عرفة بقوله: رفع ملك حقيقي لا بسباء محرم[5] عن آدمي حي.

وقال: أخرج[6] بـ(حقيقي) استحقاق عبد بحرية، و(بسباء محرم) فداء المسلم من حربي سباه[7] أو ممن صار له منه، وبقوله: (عن آدميٍّ[8] حي) رفعه عنه

---

(1) كلمة (وعبيد) ساقطة من (ز).

(2) من قوله: (ومعنى العتق لغة وشرعًا) إلى قوله: (فيقال: عاتق غدًا) بنحوه في التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1205/3.

(3) في (ع2): (الرقيق).

(4) في (ز): (يرفع).

(5) كلمتا (بسباء محرم) يقابلهما في (ب): (سباء تحريم).

(6) في (ز): (خرج).

(7) في (ب): (بسباه).

(8) كلمتا (عن آدمي) يقابلهما في (ع2): (بآدمي) وما اخترناه موافق لما في مختصر ابن عرفة الفقهي.

بموته.

وقول ابن عبد السلام: استغنى المؤلف عن تعريف حقيقته؛ لشهرتها عند العامة والخاصة؛ يريد بأن ذلك من حيث وجودها لا من حيث إدراك حقيقتها؛ بل[1] كثير من المدرسين يجهل حقيقته، ومن تأمَّل وأنصف أدرك ما قلناه، والله أعلم بمن اهتدى.اهـ[2].

قلتُ: وقد ظهر لك تضمن الحد الذي ذكرناه بجميع القيود التي ذكر، وزيادة مع اختصاره ووضوحه، وبه يتبين صحة قول ابن عبد السلام في شهرة حقيقته، وأنه إنما أراد من حيث التصور لا الوجود؛ إذ تصور معنى الحد الذي ذكرناه لا يعجز عنه من له أدنى مشاركة في تمييز الحقائق، وإن كان يعسر التعبير عن ذلك المتصور على كثير، وبقيت أبحاث مع الشيخ في حده يطول تتبعها.

[من يصح إعتاقه]

إِنَّمَا يَصِحُّ إِعْتَاقُ مُكَلَّفٍ، بِلَا حَجْرٍ، وَإِحَاطَةِ دَيْنٍ

الظاهر أن أركان العتق التي لا توجد ماهيته إلَّا بها ثلاثة:

المُعْتِق، والرقيق[3]، والصيغة.

وهكذا عدَّها ابن شاس[4]، وفي بعض نسخ ابن الحاجب: أركانه أربعة[5]، ولم يذكر ما يَصْلح أن يكون رابعًا إلَّا خواص العتق لكنه بعيد؛ لأنَّ الخواص خارجة عن الماهية فلا يحسن عدَّها ركنًا.

وهذا الذي تصدَّى إليه المؤلف منها هو الركن الأول، وهو المُعْتِق، ولم يأتِ في

---

(1) في (ز): (من).

(2) انظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة: 10/ 300 و301، وما تخلله من قول ابن عبد السلام فهو في شرح جامع الأمهات (بتحقيقنا): 57/17.

(3) في (ع2): (والمُعْتَق).

(4) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1184/3.

(5) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 784/2.

تعريف حقيقته بصورة حد ولا رسم؛ فرارًا من التزام عهدة أحدهما؛ لئلا يُعْترض عليه بعدم الاطراد أو الانعكاس[1] أو بعدمهما معًا؛ لصعوبة الإتيان بالسالم من ذلك فيهما، ولذلك يترك المؤلفون الإتيان بهما غالبًا، ويقتصرون على إيراد الأحكام الجزئية.

لكن المؤلف وقع فيما فرَّ منه، وزيادة الحشو في العبارة؛ لإتيانه بـ(إِنَّمَا) المفيدة للحصر عند علماء[2] المعاني قاطبة، وعند كثير من النحويين والأصوليين، والحكم المقصور على شيء لا يوجد إلَّا مع ذلك الشيء ويعدم مع عدمه، وإن كان ذلك الشيء الذي قصر الحكم عليه قد يوجد بدون ذلك الحكم؛ لأنَّ هذا حكم قصر[3] الصفة على الموصوف.

فإذا قلتَ: (إنما يقوم زيد)، فالقيام مقصور على زيد لا يوجد[4] إلَّا فيه، ويعدم في غيره، وزيد قد يوجد غير قائم، فقد ساوى لفظه لفظ الحد، فلو قال: (المُعْتِقُ مُكَلَّفٍ، بِلَا حَجْرٍ، وَإِحَاطَةِ دَيْنٍ) لكان أخصر.

وأراد بـ(التكليف): البلوغ والعقل، فلا يصح عتق صبي، ولا مَنْ ليس بعاقل.

قال في العتق الثاني من "التهذيب": ولا يجوز عتق المعتوه إذا كان مطبقًا ولا عتق / الصبي، ومن حلف بعتق عبده إن فعل كذا فجن، ثُمَّ فعل ذلك في حال جنونه؛ فلا شيء عليه، وإن قال صبي: كل مملوك لي حر إذا احتلمت، فاحتلم؛ فلا شيء عليه[5]. [ز:698/أ]

ويدخل في قوله: (مُكَلَّف) السكران؛ للزوم عتقه.

قال في الموضع المذكور: وعتق السكران وتدبيره جائز إذا كان غير مُولًّى عليه.اهـ[6].

---

(1) كلمتا (أو الانعكاس) يقابلهما في (ب): (والانعكاس).

(2) عبارة (الأحكام الجزئية لكن... للحصر عند علماء) ساقطة من (ز).

(3) ما يقابل كلمة (قصر) بياض في (ز).

(4) في (ز): (يوجب).

(5) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 249.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 249.

والمراد بالعقل المشروط[1] في هذا التكليف: ما لم يفسد في أصل الخلقة، وأمَّا السكران فهو أدخل ذلك على نفسه؛ فلذا لزمته الأحكام.

وقوله: (**بِلا حَجْر**) نعت لـ(**مُكَلَّف**) أي: كائن بلا حجر عليه، والظاهر أنه أراد نفي جميع أسباب الحجر ما عدا حجر الصبي والمجنون؛ لخروجهما بقوله: (**مُكَلَّف**).

فإن قلتُ: لا يصح حمل[2] كلامه على العموم؛ لصحة عتق الزوجة والمريض في الثلث مع أنهما ممن يحجر عليه.

قلتُ: لا حجر عليهما في الثلث، وإنما يحجر عليهما فيما زاد عليه، وحينئذٍ لا يصح عتقهما في الزائد؛ للتحجير عليهما فيه.

فمعنى قوله: (**بِلا حَجْر**) أي: مِنْ حيث هو محجور عليه لا مطلقًا، والحيثيات مرادة في الحدود، ولا يحتاج إلى النص عليها فيها عند محققي المنطقيين، وبهذا يندفع -أيضًا- ما يتوهم من عدم عكس الحد بخروج إيصاء الصبي والسفيه بالعتق، ونفوذ وصيتهما به مع أنهما محجوران، فإنهما -أيضًا- غير محجورين في ذلك المقام، وكذا نفوذ عتق السفيه أم ولده؛ لأنَّه لمَّا لم يبق له فيها من الحقوق المالية أمر معتبر[3]؛ بل حق بدني كالوطء، وما يتصل به كالخدمة الخفيفة، وذلك لا يحجر عليه فيه؛ صح عتقه لها.

وعلى هذا نبَّه في كتاب المديان من "المدونة" بقوله: ولا يجوز للمولَّى عليه عتق، ولا بيع، ولا هبة، ولا صدقة، ولا يلزمه ذلك بعد بلوغه ورشده إلَّا أن يجيزه الآن، وأستحب له إمضاؤه ولا أجبرُه عليه، وما ليس فيه إلَّا المنفعة؛ ففعلُه فيه جائز، فيجوز طلاقه زوجته، وعتقه أم ولده، وأمَّا النكاح فلا، إلَّا بإذنِ وليه.اهـ[4].

فتضمَّن هذا النص أن عتقَ المحجور عليه لا يجوز كما ذكر المصنف

---

(1) في (ز): (المشرط).

(2) كلمة (حمل) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ع2): (يعتبر).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 436.

والعبد منه.

قال في الولاء والمواريث من "المدونة": ولا يجوز عتق المكاتب ولا[1] العبد بغير إذن سيده، فإن عتق أو دبَّر بغير إذنه أو تصدق؛ فللسيد ردُّ ذلك، فإن ردَّه؛ بطل، ولم يلزم العبد ولا المكاتب إن عتقا، وإن لم يعلمْ بذلك حتى عتقا؛ مضى ذلك.

ثُمَّ قال: وعتق أم الولد لعبدها على ما وصفنا في عتق العبد عبده[2].

فإن قلتَ: إذا كان المراد نفي جميع أسباب الحجر فهلَّا اقتصر على قوله: (بِلَا حَجْرٍ)، ولِمَ احتاج إلى ذكر (مُكَلَّف) و(إِحاطَةِ دَيْن) مع أنهما منها، فلو قال: (المعتق من لا حجر عليه، أو يصح عتق من لا حجر عليه) لكان أصح وأخصر، وكذا لو قال: (من ملك[3] نفسه) أو (من يصح تبرعه)، أو نحو هذا من الألفاظ المساوية لقوله: مَنْ لا حجر عليه.

قلتُ: أمَّا قيد (مُكَلَّف) ففقده من أقوى أسباب الحجر، فالأمر فيه كما ذكر السائل فلا حاجة إلى ذكره.

وأمَّا (إحاطة الدَّين) فليست بسببٍ قريب للحجر؛ بل هي سبب بعيد، وإنما سببه القريب التفليس، وهو قيام الغرماء كما تقدَّم[4]، ولذا تصح كثير من معاملات من أحاط الدَّين بماله قبل تفليسه، فليست إذن من أسباب الحجر؛ فلذا احتاج إلى ذكرها.

وأمَّا لو قال: (من ملك نفسه) لكان غير مانع؛ لدخول المكاتب، فإنه يملك نفسه ولا يصح عتقه، فلا يطرد الحد.

ولو قال: (من يصح تبرعه) أو (من له[5] التبرع) لكان غير جامع؛ لخروج السكران فإِنَّ عتقه يلزم، وهبته لا تلزم، قاله ابن عبد السلام[6].

---

(1) عبارة (عليه لا يجوز... المكاتب ولا) ساقطة من (ع2).

(2) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 356/3، تهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 3/ 331 و332.

(3) كلمتا (من ملك) يقابلهما في (ب): (في ملك في).

(4) كلمتا (كما تقدَّم) ساقطتان من (ز).

(5) كلمة (له) ساقطة من (ز).

(6) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 61/17.

فإن قلتَ: هذا الحد -أيضًا- غير مانع من وجه آخر، وذلك أن مَنْ عليه دين لا يحيط بماله، وله عبد يفي بعضه بالدَّين فأعتقه؛ فإنَّ للغريم أن يرد من العبد ما يقابل دينه، فهذا معتق لا حجر عليه، ولم يحط الدَّين بماله مع أن عتقه لم[1] يصح.

قلتُ: أمَّا هذا فلا يرد على صيغة الحصر؛ فإنا بيَّنا أنه من قصر الصفة على الموصوف، وهو لا يقتضي إلَّا أن الصفة لا توجد لغير الموصوف.

وأمَّا أن الموصوف / لا يوجد إلَّا بدونها فلا. [ز:698/ب]

فإذا قلتَ: إنما قائم زيد، فالقيام لا يوجد إلَّا لزيد، وزيد قد يوجد بغير قائم، فكذا الصحة لا توجد إلَّا في إعتاق من ذكر، وإعتاق من ذكر قد يوجد بغير الصحة.

ولو قيل: إن قوله: (ولا إِحاطَة دَيْن) ليس معناه بمال المعتق حتى يرد ما قلتم؛ إذ لا يحتاج إليه، وإنما معناه: بمعتقه، وذلك المعتق أعم أن يكون الجميع أو البعض لما أبعد وإلى هذا أشار شيخنا ابن عرفة بقوله في حد المعتق: كل من لا حجر عليه في متعلق عتقه طائعًا، فيخرج من أحاط دينه بما أعتق أو[2] ببعضه، وذات الزوج فيما يحجر فيه عليها، إلَّا السفيه في أم ولده.اهـ[3].

وقوله: (طائعًا) قَصَدَ به إخراج المكره على[4] العتق؛ لأَنَّه إنما تصدَّى لحد من يلزم عتقه، ولا يحتاج المصنف إلى ذكره؛ لأَنَّه إنما تصدَّى لحد من يصح عتقه[5]، والمكره يصح عتقه؛ بدليل أنه لو أقره[6] بعد زوال الإكراه؛ لتمَّ.

وقال: إن مفهوم حد ابن الحاجب: رد عتق السفيه[7] أم ولده، وليس كذلك؛ لقوله في كتاب المديان من "المدونة": عتقه أم ولده جائز؛ لأنها مما ليس له فيها إلَّا

(1) في (ز): (لا).

(2) عبارة (فيخرج من أحاط دينه بما أعتق أو) ساقطة من (ز).

(3) المختصر الفقهي، لابن عرفة: 10/ 302.

(4) عبارة ((طائعًا) قصد به إخراج المكره على) ساقطة من (ز).

(5) عبارة (إنما تصدَّى لحد من يصح عتقه) ساقطة من (ز).

(6) في (ز): (أخره).

(7) جملة (إن مفهوم حد ابن الحاجب رد عتق السفيه) يقابلها في (ز): (مفهوم).

المتعة.اهـ[1].

قلتُ: قوله: (في متعلق عتقه) حسن، واعتراضه على ابن الحاجب بـ(أم ولد السفيه) قد[2] قدمنا الإشارة[3] إلى الجواب عنه، فإن عبارة المصنف كعبارة ابن الحاجب في[4] نفي الحجر بالإطلاق.

فإن قلتَ: هذه الأبحاث التي ذكرت مُرَتَّبة على اعتبار مفهوم الحصر، والمصنف لا يعتبر من المفاهيم إلَّا مفهوم الشرط كما شَرَط، فلا حاجة إلى هذه الأبحاث.

قلتُ: إنما شرط في مفهوم الشرط اعتباره لزومًا على ما قيل، وقد يعتبر غيره لا على سبيل اللزوم، وهذا الموضع من ذلك، أو لعله[5] يرى إفادة (إِنَّما) الحصر بالمنطوق لا بالمفهوم كبعض المذاهب فيها، وحينئذٍ تأتي الأبحاث أحرى.

ودليل أنه اعتبر المفهوم فيها إمَّا بالمنطوق وإما بالمفهوم أنه لو كان مذهبه فيها عدم إفادتها إياه بالوجهين كبعض المذاهب فيها لما كان لإتيانه بها فائدة، وهو يحافظ على طرح أقل منها، وكأنه -والله أعلم- لما رأى اعتراض ابن عبد السلام على ابن الحاجب في إتيانه في تعريف المعتق بالكلية، وقوله: (الأولى أن لو قال: يصح العتق من كل مكلف...) إلى آخره، رأى أن عبارة ابن عبد السلام لا شيء فيها يحرز[6] حقيقة المعتق إلَّا بمفهوم اللقب، وهو باطل[7]، فأتى بما يفهم الحصر، ويضبط

(1) ما يقابل عبارة (جائز؛ لأنها مما ليس له فيها إلَّا المتعة) بياض في (ز)، وانظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة: 10 /302، وما نسبه للمدونة فهو في المدونة (صادر/السعادة): 221/5.

(2) عبارة (ابن الحاجب بـ(أم ولد السفيه) قد) يقابلها في (ز): (أن).

(3) في (ز): (بالإشارة).

(4) عبارة (ابن الحاجب في) يقابلها في (ز): (ابن الحاجب بالعتق كله أو بعضه يدل عليه ما يأتي، ولو صرح به لكان أَوْلى، وإنما تبع ابن الحاجب واشتراطه اتفقا إحاطة الدين، فيخرج من أحاط دينه بما أعتق، أو بما قصد به إخراج المكره على إنما قصد كحد من يصح عتقه حد ابن الحاجب رد عتق السفيه؛ لأنها فيما ليس له فيها إلا الحاجب بأم ولد السفيه في) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) عبارة (وهذا الموضع من ذلك أو لعله) يقابلها في (ب): (ولعله).

(6) في (ز): (فجوز).

(7) في (ع2): (بطل).

الحقيقة.

ولولا الإطالة وأنها أبحاث أكثرها لفظية لجلبنا كلام ابن عبد السلام، وبحثنا معه في أبحاثه في هذا المحل؛ لأنها مشتركة بين الكتابين، وفيما ذكرناه مقنع.

وقوله: (وإِحاطَةِ دَيْنٍ). (إِحاطَةِ)[1] عطف على (حَجْر) أي: وكأن ذلك المكلف بلا دين محيط ذلك الدَّين بماله أو بعبده المعتق على ما مر[2] في الأبحاث، ويعني: إحاطة الدَّين في صحة العتق دليلٌ على أن عتقَ[3] من أحاط الدَّين بماله لا يصح؛ لانتفاء المشروط بانتفاء شرطه.

قال في العتق الأول من "التهذيب" -ومثله في "الرسالة"[4] وغيرها-: ولا يجوز لمن أحاط الدَّين بماله عتق ولا هبة ولا صدقة، وإن كانت الديون التي عليه إلى أجل بعيد إلَّا بإذن غرمائه[5].

ولو قال المؤلف: (إنما يلزم) كان أَوْلى؛ لأنَّ بعض المحجور عليهم إذا أعتق وأجاز ذلك من له الحق ثُمَّ عتقه ولو كان غير صحيح ابتداء لما تم، وفي أفعال بعضهم خلاف، هل هي جائزة؟ أو مردودة؟ إلَّا أن يكون اختياره أن أفعال جميعهم على الرد[6]، لكنه بعيد؛ لقوله في باب الحجر في فعل الزوجة: (وَهُوَ جَائِزٌ حَتَّى يُرَدَّ)، إلَّا أن نصَّ "التهذيب" في العتق الأول يوافقه، قال: ومن بتل عتق عبيده في صحته وعليه دين يغترقهم، ولا مال له سواهم؛ لم يجز عتقه، وإن كان الدَّين لا يغترقهم؛ بِيعَ من جميعهم مقدار الدَّين بالحصص[7] لا بالقرعة، وعتق ما بقي، وإنما القرعة في

---

(1) كلمة (إحاطة) ساقطة من (ب).

(2) كلمة (مر) ساقطة من (ب).

(3) كلمة (عتق) ساقطة من (ز).

(4) انظر: الرسالة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا)، ص: 70.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 217.

(6) كلمة (الرد) ساقطة من (ز).

(7) كلمة (بالحصص) يقابلها في (ع2) و(ب): (لا لحصص) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

[ز:699/أ] عتق الوصايا، والمبتل / في المرض[1].

فقوله هنا: (لم يجز)، وفي التي نقلنا قبلها: (ولا يجوز) موافق له.

وَلِغَرِيمِهِ رَدُّهُ أَوْ بَعْضِهِ؛ إِلا أَنْ يَعْلَمَ أَوْ يَطُولَ أَوْ يُفِيدَ مَالًا، وَلَوْ قَبْلَ نُفُوذِ البَيْعِ

لمَّا كان من شرط صحة العتق انتفاء إحاطة الدَّين بالمعتق أو ببعضه على ما قدمنا؛ لزم من ذلك أنه إن أعتق من أحاط الدَّين بِعَتِيقِه[2] أو ببعضه أن يكون عتقه موقوفًا على إجازة أرباب الديون؛ لأنَّ الحق لهم، فإن أجازوه تمَّ وإلَّا فلهم الرد، وعلم أن لهم الإجازة من قوله: (ولغريمه الرد) فإنه إذا كان له الرد كانت له الإجازة، وللغريم كما قال: رد كل العتيق إن أحاط[3] الدَّين به، أو رد بعضه الذي يقابل الدين، وذلك إذا كانت قيمة العبد أكثر من الدَّين فإنه يرد من عتقه مقدار ما يباع للدين ويمضي عتق الباقي.

وضمير (غَرِيمِهِ) عائد على المعتق المديان، وضمير (رَدُّه) و(بَعْضِه) عائد على العبد المعتق.

وقوله: (إِلَا أَنْ يَعْلَمَ أَوْ يَطُولَ) أي: إنما يكون للغريم الرد إذا لم يعلم بالعتق، أو علم به وقام بالقرب، وأمَّا إن علم بالعتق وطال الزمان والغريم ساكت لم يتكلم؛ فإنه لا ردَّ له، ويمضى العتق.

ولم يبين المؤلف حد الطول المانع من الرد؛ قال في "النوادر" من كتاب محمد: قال مالك: ترد صدقة من أحاط الدَّين بماله، وإن طال الزمان إلَّا أن يوسر في خلال ذلك؛ فلا يرد، وإن أعدم بذلك[4] قبل قيام غرمائه، وأمَّا في[5] العتق فأستحسن أن لا يرد بعد الطول إذا ولد الأحرار وجرت عليه حدودهم، وجازت شهادته.

قال ابن القاسم: وذلك إذا طال جدًّا، وقال أصبغ: ذلك في المتطاول الذي لعل

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 217.

(2) في (ز): (بعتقه).

(3) في (ز): (أجازه).

(4) كلمة (بذلك) يقابلها في (ز): (قبل ذلك).

(5) كلمة (وأمَّا في) يقابلهما في (ز): (وأمَّا ما في).

السيد أيسر في خلاله، ولو ثبت ببينة قاطعة أن عدمه متصل وغاب الغرماء، ولم يعلموا لرد عتقه، ولو ولد سبعون ولدًا.

قال ابن عبد الحكم: إن أقاموا[1] بعد ثلاث سنين أو أربع وهم بالبلد، وقالوا: لم نعلم؛ فذلك لهم كانوا رجالًا أو نساءً حتى يثبت علمهم، ولا يقبلون في أكثر من أربع.

وإن قال الغريم: علمت بعتقه، ولم أعلم أن دينه يغترق ما ظهر من ماله، وله ربع؛ لم يصدق والعتق ماض، وإن علم بعض الغرماء نفذ حصته بالحصص. انتهى نقل "النوادر" مختصرًا[2].

وفاعل (**يَعْلَم**) ضمير الغريم، وفاعل (**يَطُول**) الزمان الذي يبين العتق والقيام.

وقوله: (**أَوْ يُفِيدَ...**) إلى آخره؛ أي: ولغريمه -أيضًا- الرد إلَّا أن يفيد المعتق مالًا، ولو بعد أن ردَّ الإمام عتق العبد وباعه كما يباع مال المديان على خيار ثلاثة أيام إلَّا أنه لم ينفذ البيع؛ فإن العتق يمضي ولا يرد، وهذا معنى قوله: (**وَلَوْ قَبْلَ نُفُوذِ الْبَيْعِ**).

ونصُّ هذه المسألة في العتق الأول[3] من "التهذيب": ومن ردَّ غرماؤه عتقه[4] للرقيق، فلم يباعوا حتى أفاد السيد مالًا؛ فهم أحرار، وليس ذلك ردًّا للعتق حتى يباعوا، وكذا لو باعهم السلطان، ولم ينفذ البيع حتى أيسر السيد؛ لنَفَذ العتق، وبيعُ السلطان على خيار ثلاثة أيام، فإن وجد من يزيد وإلَّا أنفذ البيع، قيل له: ويجوز هذا البيع؟ قال: نعم.اهـ[5].

فقوله: (وبيع السلطان...) إلى آخره هو بيان لقوله: (باعهم السلطان، ولم ينفذ البيع).

---

(1) في (ز): (قاموا).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12 /401، وما تخلله من قول ابن عبد الحكم لم أقف عليه فيما وصلنا من كتبه المطبوعة.

(3) كلمة (الأول) ساقطة من (ع1) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

(4) في (ب): (وعتقه).

(5) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/231 و232.

ونصُّه في "الأم": قلتُ: ما معنى قول مالك: ولم ينفذ ذلك؟

قال: إن السلطان عندهم بالمدينة يبيع ويشترط أنه بالخيار ثلاثة أيام فإن وجد من يزيده وإلَّا أنفذ البيع للمشتري(1).

وانظر تمام المسألة في النوادر(2)، وفي ابن يونس(3).

تنبيه: دلَّ الكلام في هذه المسألة على أن ردَّ الغرماء لفعل المديان، وكذا رد السلطان لأجلهم؛ أن ذلك الرد ليس بإبطال لفعلِه، ولذا يمضي العتق بعد أن أيسر، ولو بعد الرد.

قال بعضهم: لا خلاف أن ردَّ الغرماء إيقاف، وأن ردَّ الوصي إبطال، والمشهور أن ردَّ السيد إبطال، ورد الزوج تبرع الزوجة بزيادة الثلث.

قال أشهب: إبطال، وقال ابن القاسم: لا إبطالًا ولا إيقافًا؛ لقوله في النكاح الثاني: لو رد عتقها ثُمَّ طلقها لم يقض عليها بالعتق، ولا ينبغي لها ملكه، ورد السلطان إن كان للغرماء فإيقاف، وإن كان للسفيه(4) / فإبطال؛ لتنزُّلِه منزلة الوصي.اهـ. [ز:699/ب]

وسؤال سحنون ابن القاسم عن جوازِ البيع المذكور مع أن بيع الخيار جائز؛ إمَّا لأنَّ فيه سوم الرجل على سوم أخيه فيتوهم منعه، أو لأنَّ المشتري لا يدري ما يحصل له.

[من يقع عليه العتق]

رَقِيقًا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ لازِمٌ

هذا هو الركن الثاني من أركان العتق، وهو الرقيق المعتق(5)، فذكر أن حقيقته أن يكون (رَقِيقًا) فلا يصح عتق الحر؛ لأنَّ ذلك تحصيل الحاصل.

والظاهر أنه لم يذكره ليخرج شيئًا؛ بل توطئة لما بعده، ويعني من كان قِنًّا كله، أو كانت فيه شائبة من شوائب العتق أَيُّ شائبة كانت.

---

(1) انظر: المدونة (صادر/السعادة): 3/ 180.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 406/12.

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 390/5.

(4) في (ز): (للسفه).

(5) في (ز): (المستحق).

وقوله: (لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ لازِمٌ) قالوا: ليخرج المرهون، والمستأجر، وأحد المكاتبين، والعبد الجاني، والمخدم، ونحوهم ممن تعلَّق[1] به حقٌّ لغير السيد.

وقوله: (رَقِيقًا) مفعول بقوله أول الباب: (يَصِح) وظهر لك صحة قولنا لو قال: (يلزم) لكان أَوْلى؛ لأنَّ عتق مَنْ تَعَلَّق به حق للغير صحيح، ولذا يتم بإسقاط ذي الحق حقه.

وأورد ابن عبد السلام ما ذكر من إخراج العبد المرهون بقوله: (حَقٌّ لازِمٌ) أن المرهون لم يتعلق به الدين؛ بل بالذمة وهو لا ينفذ عتقه قبل افتكاكه.

يريد: وعلى هذا البحث فالحدُّ غير جامع.

وأجاب بأنا لا نُسَلِّم أن الحق لم يتعلق به، وإنما الدَّين لم ينحصر[2] فيه، ولا يلزم من انتفاء تعينه للدين أن لا يتعلق به، ولا نسلم -أيضًا- أنه لا ينفذ عتقه قبل افتكاكه؛ بل ينفذ ويقضى على الراهن بتعجيل الدين[3].

قلتُ: وهذا الجواب فيه تدافع، فإن قوله أولًا: (لا نسلم أن الدَّين لم يتعلق به) يقتضي أن لا ينفذ عتقه للحقِّ المتعلق به.

وقوله ثانيًا: (بل ينفذ عتقه) يقتضي أن الحق لم يتعلَّق به، ونفوذ العتق وعدمه[4]، أو تعلق الحق وعدم تعلقه نقيضان لا يجتمعان، فأول الجواب ينفي آخره وبالعكس.

فإن قلتَ: لعل تسليم الأول تقديري كأنه قال: سلَّمنا جدلًا أن الدَّين يتعلَّق به ولكن لا نسلم أنه لا ينفذ عتقه؛ بل ينفذ.

قلتُ: يمنع من حمله على التسليم الجدلي قوله: (ولا نسلم أيضًا)، فلفظة (أيضًا) تقتضي أن الأول معتد به، والجدلي لا يعتد إلَّا بما بعده.

وأيضًا فإنه قال أولًا مما يخرج بقوله: ولم يتعلق بعينه حق لازم المرهون،

---

(1) في (ز): (يتعلق).

(2) في (ز): (يتخصص).

(3) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 66/17.

(4) كلمة (وعدمه) يقابلها في (ع2): (أو عدمه)، وفي (ز): (عدمه).

والأَوْلى لو اقتصر على المنع الأول، ويحمل الحد على من لا وفاء له إلَّا العتيق.

وأمَّا إن كان للراهن ما يوافي منه الدَّين غير العبد فلم يتعلق الدَّين بالعبد، ويظهر من كلام ابن شاس أن المرهون إنما يخرج بقيد آخر؛ لأنَّه قال في حق الرقيق: كل إنسان مملوك لم يتعلق بعينه حق لازم، ولا هو ثقة على خلاف وتفصيل في عتق الرهن[1].

فأنت ترى أن المرهون إنما يخرج بقوله: (ولا هو ثقة).

قلتُ: ولا فائدة لهذه الزيادة؛ فإنَّ الراهن إن كان مليًّا نفذ العتق وعجل الحق، وإن كان عديمًا لم ينفذ العتق، ويكون[2] المانع حينئذ قائمًا بالمالك لا بالمملوك، وعلى هذا لا ينبغي أن يقال: قوله: (لم[3] يتعلق به حق) يخرج المرهون؛ لأنَّ خروجَه حال عدم الراهن إنما هو من حد المعتق وهذا هو المانع -أيضًا- من أن يقال: لم يتعلق به حق يخرج المملوك الذي أحاط الدَّين بمالكه؛ لخروجه -أيضًا- من حد المعتق.

لا يقال: يخرج هناك بالالتزام وهنا بالمطابقة لا سيما ودلالة الالتزام مهجورة في الحدود؛ لأنا نقول: حمل الكلام[4] على فائدتين أَوْلى من حمله على فائدة لا سيما عند مَنْ يقصِد الاختصار كالمصنف.

وما ذكر من أنه لا يصح عتق المستأجر وأحد المكاتبين والجاني والمخدم إلَّا بإذن من له الحق في ذلك كله منصوص في "المدونة" وغيرها.

ومن قال: (يخرج من الرسم المستأجر فلا يصح عتقه) إنما يريد: لا ينفذ عتقه في الحال، وإلَّا فهو معتق لتمام أمد الإجارة كالمعتق إلى أجل، وكذا من أخرج المخدم وكانت الخدمة إلى أجلٍ، أو حياة[5] المخدم، وأمَّا المخدم حياة العبد / [ز:700/أ]

(1) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1184/3.

(2) كلمة (ويكون) ساقطة من (ز).

(3) كلمة (لم) ساقطة من (ز).

(4) في (ز): (كلام).

(5) كلمتا (أو حياة) يقابلها في (ب): (وحياة).

فخروجه من الرسم صحيحٌ، وهو من أَوْلى ما يخرج بذلك القيد.

ومن النصوص الدالة على أن ما تعلَّق به حق لازم من الرقيق المرهون لا ينفذ عتقه إلَّا أن ذلك في حال عدم السيد، كما ذكرنا قوله في رهان "المدونة": ومن رَهَنَ عبدًا، ثُمَّ أعتقَه أو كاتبَه؛ جازَ ذلك إن كان مَلِيئًا وعجل الدَّينَ.

ثم قال في آخر المسألة: وإن أعتقَه وهو عديمٌ؛ بَقِيَ العبدُ رهنًا، فإن أفادَ ربُّه قبل الأجلِ مالًا؛ أَخَذَ منه الدَّينَ، ونفذ العتق.اهـ[1].

وفي جناياتها: ومَنْ أعتق عبده بعد علمه أنه قد قتل قتيلًا خطأ سُئِلَ، فإن أراد حمل الجناية؛ فذلك له، وإن [قال][2]: ظننت أنها تلزم ذمته ويكون حرًّا يتبع بها؛ حلف على ذلك وردَّ عتقه.

وكذلك لو جرح الحر جرحًا، وحلف السيد، فإن كان للعبد مال مثل الجناية، أو وجد معينًا على أدائها؛ مضى عتقه، وإلَّا بِيع منه بقدرها وعتق ما فضل، وإن كان لا فضل فيه أُسْلِم رقًا لأهل الجناية.اهـ[3].

وقد أطنب شيخنا ابن عرفة في حدِّ المعتق بذكر الجنايات التي لا يحتاج إلى التصريح عند المحققين كما أشرنا إليه في تعريف المصنف له، وللمعتق قبله، ونذكر ما معنى غيره مما ذكر فقال: المعتق: كل ذي رق مملوك لمعتقه حين تعلق العتق به؛ كان ملكه محصلًا أو مقدرًا، لم يزاحم ملكه إياه حق لغيره قبل عتقه لا معه[4].

(فمملوك لمعتقه) يخرج عبد غيره، و(مقدرًا) ليدخل من قيل فيه: (إن اشتريتك فأنت حر) فإنه يعتق على قائل ذلك بعد الشراء.

و(لم يزاحم...) إلى (عتقه) ليخرج عتق العبد القاتل خطأ المذكور في أول جنايات "المدونة".

(ولا معه)؛ لقولها: ومن قال لعبده: إن بعتك فأنت حر، ثُمَّ باعه؛ عتق على البائع

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 63/4.

(2) ما بين المعكوفتين زيادة من تهذيب البراذعي.

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 352/4 و353.

(4) انظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة: 305/10.

ورد الثمن.اهـ[1]. باختصار.

فقوله: (مملوك) حشو؛ إذ لو حذفه لم يضر.

وقوله: (حين...) إلى (مقدار) من الحيثيات التي لا يلزم ذكرها، ثُمَّ قصد الاحتراز مما يعطيه لفظ: (حين)، ولفظ: (قبل) في قوله: (قبل عتقه) لم يكن له فائدة.

وأمَّا قوله: (لا معه) فسيأتي البحث في المسألة عند قول المصنف: (**وَعَتَقَ عَلَى الْبَائِعِ إنْ عَلَّقَ هُوَ**)[2].

وظاهر كلام جميعهم أن قوله: (**حَقٌّ لَازِمٌ**) قيد واحد، ولو قيل: إنهما قيدان لكان أَوْلى؛ ليتناول نفي (اللازم) العبد الموصى به لشخص بعد الموت، فإن حق الموصى له متعلِّق به إلَّا أنه حق غير لازم.

فإذا عجل السيد[3] عتقه قبل موته؛ نفذ وعُدَّ رجوعًا منه في الوصية، فلو لم يذكر (**لَازِمٌ**) لكان الحد غير جامع لهذه الصورة إلَّا أنه غير جامع ولو مع[4] زيادة هذا القيد؛ ألا ترى أن من وهب عبدًا لشخص ثُمَّ أعتقه قبل حوز الموهوب له؛ فإن العتق ماض على قول ابن القاسم.

وتبطل الهبة على ما نصَّ عليه في العتق الثاني من "المدونة" مع أن حق الموهوب له في الهبة لازم بمجرد الهبة على أصل المذهب، وإنما الحوز شرطٌ في استقرارها لا لزومها.

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 209/2.

(2) عبارة (ومن النصوص الدالة...إنْ عَلَّقَ هُوَ) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ب): (للسيد).

(4) كلمتا (ولو مع) ساقطتان من (ع2).

[من صيغ العتق الصريحة]

بِهِ وفَكٍّ[1] الرَّقَبَةِ، والتَّحْرِيرِ وإِنْ: «فِي هَذا اليَوْمِ» بِلا قَرِينَةِ مَدْحٍ، أَوْ حَلْفٍ[2] أَوْ دَفْعِ مَكْسٍ

هذا هو الركن الثالث وهو الصيغة التي بها يحصل العتق، وهي صريح وكناية، فبدأ بالصريح منها فقال: إنه يصح إعتاق المكلف رقيقه[3] كما وصفا.

(**بِهِ**) أي: بلفظ الإعتاق، فالضمير عائدٌ على (**إِعْتاق**) المتقدم، والمجرور متعلق بـ(**يَصِح**).

وقوله: (**وفَكٍّ**) و(**التَّحْرِير**) معطوفان على الضمير المخفوض بالباء، وهو ممتنع عند جمهور البصريين، وإنما أتى بالمصادر في الفك[4] والتحرير والإعتاق؛ لأنَّ[5] ضمير المصدر مثله؛ ليفيد أن العتق يحصل بهذه الألفاظ، وما اشتق منها لكن هذا القصد إنما يصح لابن الحاجب الذي[6] أتى بلفظ التشبيه فقال: الصريح: كالإعتاق... إلى آخره[7].

وأمَّا المؤلف فلا يستقيم له هذا؛ لحذفه أداة التشبيه؛ بل[8] توهم عبارته تعيين[9] المصادر، وما ذكر في الإعتاق والتحرير فهو نص "النوادر" أنهما من الصريح[10].

وأمَّا (**فَكّ الرَّقَبَةِ**) فمعناه صحيحٌ كما دلَّ عليه ظاهر القرآن العظيم، ولم أَرَه

(1) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (وَبِفَكٍّ).

(2) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (خُلْف).

(3) في (ز): (رقيقًا).

(4) في (ز): (الكف) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) في (ز): (ولأن).

(6) كلمة (الذي) ساقطة من (ز).

(7) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 784/2.

(8) كلمة (بل) ساقطة من (ز).

(9) كلمة (تعيين) ساقطة من (ز).

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 260/12.

منصوصًا إلَّا لابن شاس[1]، وابن الحاجب[2].

وفي أول باب من أبواب / العتق من "النوادر" عن كتاب ابن المواز: وصريح القول أن يقول كلامًا مبتدأ: أنت حر، أو عتيق، أو أعتقتك، أو حررتك، أو بينت عتقك، أو بتلته، وشبه هذا.اهـ[3]. [ز:700/ب]

قلتُ: وانظر هل يلحق بالصريح لفظ (المن)[4] وما تصرَّف منه؛ لاستدلال الفقهاء على مشروعية العتق بقوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ﴾ [محمد:4]؟، أو لا؟ لكونه لفظًا مشتركًا لا يدل على العتق إلَّا بتقييد، كمننت عليك بحريتك، أو عتقك ونحوه.

فإذا قال لعبده: أنشأت فيك الإعتاق، أو فك الرقبة، أو التحرير، وقَصَد بذلك الإنشاء؛ فهو حر، وكذا لو قال: أنت معتق، أو[5] عتيق، أو حر، أو محرر، أو مفكوك الرقبة؛ لعتق أيضًا.

وهذه الألفاظ وما اشتق منها من الصيغ الصريحة في إفادة العتق، وظاهر كلامه أنها مهما صَدَرَت من المالك؛ لزمه العتق، ولا يقبل قوله أنه أراد الكذب في الإخبار، ولم يرد الإنشاء لا في الفتيا ولا في القضاء[6]، وهذا هو[7] مذهب ابن القاسم كما هو في العتق الأول من "المدونة"، وأشهب يُصَدِّقه، وكذا الخلاف بينهما في الطلاق، وهذا إن وافقه العبد أو الزوجة.

قال بعضهم: وقد سبقه إلى اختيار اللخمي دون الدليل، والظاهر مذهب أشهب؛ لأنَّ صيغتي الإنشاء والخبر واحدة، والفرق[8] بينهما

(1) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1184/3.

(2) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 784/2.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 260/12.

(4) في (ز): (يمن).

(5) كلمة (أو) ساقطة من (ز).

(6) عبارة (ولا في القضاء) ساقطة من (ب).

(7) كلمة (هو) زيادة انفردت بها (ب).

(8) في (ب): (فالفرق).

بأمور[1] خفية لا يُعرَف[2] أكثرها إلَّا من المتكلم.

قلتُ: بل الظاهر هو[3] قول ابن القاسم، وإلَّا لمَا ثبت القضاء بعتقٍ؛ لتمكن المالك من هذه الدعوى، وكذا الطلاق.

وقوله: (وإِنْ فِي هَذا اليَوْمِ) يعني: أنه مهما خاطب العبد بواحد من هذه الألفاظ المذكورة لزم العتق، وإن قيَّده بوقت كأن يقول له: أنت حر في هذا اليوم؛ فإنه يكون حرًا دائمًا، ولا يتقيد[4] باليوم كالطلاق.

وهذا إذا لم يقيد قوله: أنت حر اليوم بشئ آخر غير اليوم؛ كما هو ظاهر كلام المصنف، وأمَّا إن قال: أنت حر اليوم من هذا العمل أو نحوه[5]، فإنه إن ادَّعى أنه لم يرد العتق؛ صُدِّق مع يمينه.

وقوله: (بِلا قَرِينَةِ مَدْحٍ...) إلى آخره؛ أي[6]: إنما تتعين[7] هذه الألفاظ للعتق إن خلت من القرائن الدالة على إرادة غيره كما هي سائر الألفاظ الحقيقية، فإنها تحمل على معانيها إلَّا أن تختفي بها[8] قرينة تدل على أن المراد بها خلاف معانيها مجازًا فتُحْمَل عليه.

ومن القرائن الصارفة لهذه الألفاظ عن العتق اقترانها بالمدح، كما إذا رأى مِنْ عبده ما يعجبه فيقول له مثلًا: ما أنت إلَّا حرًّا ونحوه أي: أرى أفعالك أفعال الحر؛ فإنه لا يلزمه العتق مع هذه القرينة.

وكذا إن قال له ذلك عند عصيانه؛ فإنه لا يعتق؛ أي: إنك في عصيانك إياي كالحر، وهذا معنى قوله: (بِلا قَرِينَةِ مَدْحٍ) أي: يلزم العتق بهذه الألفاظ كائنة بلا قرينة

---

(1) ما يقابل كلمة (بأمور) بياض في (ز).

(2) في (ز): (يعلم).

(3) كلمة (هو) زيادة انفردت بها (ع2).

(4) في (ز): (يعتد).

(5) ما يقابل كلمة (نحوه) بياض في (ز).

(6) كلمة (أي) زيادة انفردت بها (ز).

(7) في (ز): (بتعين).

(8) كلمتا (تختفي بها) يقابلهما في (ز): (تختف).

مدح، يريد: أو ذم.

وقوله: (أَوْ حَلْفٌ[1]) يريد -والله أعلم-: إذا قال له[2]: (أنت حر إن دخلت الدار) فإنه لا يكون حرًّا إلَّا بدخول الدار، ولا يكون بقوله: (أنت[3] حر) عتيقًا؛ لأنَّ اتصال التعليق به قرينة في أنه لم يرد إنشاء العتق.

ويحتمل أن يريد بقرينة (الحلف) أنه أراد أن يحلف بحرية عبده إن دخل الدار كما في هذا المثال، فلما قال: أنت حر، أو عبدي حر وأراد أن يقول: (إن دخلت) فبدا له عن اليمين عند قوله: حر[4]، وقبل النطق بالشرط وسكت، فإنه إن دلَّت قرينة على إرادته[5] اليمين؛ لم يلزمه عتق.

وهذا وإن[6] لم أره منصوصًا في العتق بخصوصيته؛ لكنه منصوصٌ في الطلاق، والباب واحد.

قال في آخر كتاب[7] التخيير والتمليك من "المدونة": ولو أخذ ليحلف على شيء فلما قال: (طالق) بدا له فصمت؛ فلا شيء عليه[8].

قال اللخمي: وهذا يحسن في المستفتي، أو من فهمت البينة إن ذلك قصده وإلَّا لم يصدق، ولو قال بفور قوله: (أردت إن دخلت الدار) أو (لا دخلتها) صُدِّق[9].

وهذا الوجه أَوْلى في حمل كلام المؤلف؛ لأنَّ الدلالة فيه على نفي إنشاء العتق من القرائن، وأمَّا مع التصريح بالتعليق وهو الوجه الأول، فالقرينة / على عدم العتق [ز:701/أ] لفظية فبَعيدٌ أن يتوهم فيه لزوم العتق حتى يحتاج إلى التنبيه عليه، وهذا كله على ما

---

(1) في (ب): (خلف).

(2) كلمة (له) زيادة انفردت بها (ز).

(3) كلمتا (بقوله أنت) يقابلهما في (ز): (بقوله أولًا أنت).

(4) كلمة (حر) ساقطة من (ز).

(5) في (ب): (إرادة).

(6) في (ع2): (إن).

(7) في (ب): (باب).

(8) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 104/2.

(9) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا):2755/5.

وجد في بعض النسخ.

ويحتمل أن يكون (خلْف) بالخاء المعجمة من الخلاف، كما يحتمل أن يكون أصله خلاف[1] فحذفت الألف ونقطت الخاء فتصحف على الناسخ وهذا أصح الوجوه كلها؛ ليوافق المنصوص كما تراه على هذا الاحتمال، وهو الذي مثَّلنا في عصيان العبد.

وأيضًا فإنها[2] والمعنى: وبلا قرينة خالف[3] العبد أمر سيده حتى يغضبه، فيقول السيد له عند ذلك: أنت حر؛ أي: هذه المخالفة مخالفة الحر، وهو الذي مثلنا في عصيان العبد، وأيضًا فإنها على هذا الاحتمال ثلاث المسائل المتناسقة في "المدونة".

وقوله: (أَوْ دَفْعِ مَكْسٍ) هو -أيضًا- معطوف على (مَدْح) كما أن (حَلْف) كذلك؛ أي[4]: يلزم العتق بهذه الألفاظ بلا قرينة حلف وبلا قرينة (دَفْعِ مَكْسٍ)، كما إذا مرَّ بصاحب مكس ومعه عبده فطلبه المكاس في المغرم، فقال له: هو حر، وادَّعى أنه إنما قال ذلك ليدفع عن نفسه الغرم؛ فإنه يقبل قوله، ولا يلزمه العتق.

وهذه المسائل من قوله: (وإِنْ فِي هَذا اليَوْمِ...) إلى آخرها متوالية في "المدونة" وإن خالف بعضها ترتيب المصنف.

قال في العتق الأول من "التهذيب": وإن قال: أنت حر اليوم؛ عتق عليه للأبد، وإن قال له: أنت حر اليوم من هذا العمل، وقال: إنما أردت عتقه من العمل ولم أرد الحرية؛ صُدِّقَ في ذلك مع يمينه.

ومن عجب من عمل عبده، أو من شيء رآه منه فقال له: ما أنت إلَّا حر، أو قال له: تعال يا حر، ولم يرد بشيء من هذا الحرية، وإنما أراد بذلك تعصيني فأنت في[5] معصيتك إياي كالحر؛ فلا شيء عليه في الفتيا ولا في القضاء.

---

(1) كلمة (خلاف) زيادة انفردت بها (ز).

(2) عبارة (على هذا الاحتمال...العبد، وأيضًا فإنها) ساقطة من (ز).

(3) في (ب): (خلاف).

(4) كلمة (أي) ساقطة من (ب) وفي (ز): (أن).

(5) كلمتا (فأنت في) يقابلهما في (ب) و(ع2): (فأنت حر في) ولعل الصواب ما أثبتناه.

وقال مالك في عبد طبخ لسيد فأعجبه طبخه، وقال: إنه حر، وقامت عليه بذلك بينة أنه لا شيء عليه؛ لأنَّ معنى قوله: إنه حر الفعال[1].

ولو مرَّ على عاشر فقال: هو حرٌّ، ولم يرد بذلك الحرية؛ فلا عتق عليه فيما بينه وبين الله ﷻ، وإن قامت بذلك بينة لم يعتق -أيضًا- إذا علم أن السيد دفع بذلك القول عن نفسه ظلمًا.اهـ[2].

فقوله أولًا: (ومن عَجِبَ من عمل)[3] هو من مخالفة أمره، وهو ما حملنا عليه قول المصنف (أَوْ خُلْفٍ[4]).

وبِـ: «لا مِلْكَ» أَوْ «سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ[5]» إِلَّا لِجَوابِهِ

ما[6] تقدم من الألفاظ هي الصيغ الصريحة للعتق، وهذه كنايات[7] عنه، ولذلك أعاد العامل -وهو[8] حرف الجر[9]- في قوله: (وبِلا)؛ لينبه[10] على المغايرة بين هذه والتي قبلها، ولو قال: (ولا مِلْكَ)؛ لتوهم أنها من الصريح، ثُمَّ الكنايات ظاهرةٌ ومحتمله[11] بما ذكر هنا من الظاهرة.

فإذا قال[12] السيد لعبده: (لا ملك لي عليك) أو (لا سبيل لي عليك) فهو حر،

---

(1) في (ب): (الأفعال).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 223/2 و224.

(3) كلمتا (من عمل) يقابلهما في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (العجب) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 224/2.

(4) في (ع2): (خاف).

(5) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (أَوْ لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ) بزيادة (لا) النافية، وحذفُها أخصر.

(6) في (ب): (من).

(7) في (ز): (كناية).

(8) كلمة (وهو) ساقطة من (ز).

(9) عبارة (وهو حرف الجر) ساقطة من (ب).

(10) في (ز): (ينبه).

(11) في (ع2): (ويحتملة).

(12) عبارة (الظاهرة فإذا قال) يقابلها في (ز): (الظاهر فقال).

وهي كالصريح في إفادة العتق، وإن لم ينوه، أو ادَّعى نية غيره ولا قرينة إلَّا أن يدَّعي أنه لم يرد بذلك[1] العتق، وقامت قرينة تدل على دعواه كأن يرى منه عدم طاعته مثلًا، فيعاتبه بواحد من الكلامين، كأنه يقول: سبيلك هذه في عدم طاعتك لي سبيل مَنْ لا ملك لي عليه، أو لا سبيل لي عليه، وهذا هو الذي أراد بقوله: (**إلّا لِجَوابه**)؛ أي: هذان اللفظان دليلان على العتق إلَّا إن أوقعهما السيد لجواب العبد؛ أي[2]: لما يقوم مقام جواب سؤاله.

وإنما[3] قدَّرنا هذا التقدير؛ لأنَّه المفهوم من "المدونة"، ويمكن أن يكون جوابًا حقيقيًّا كأن يكون من عادة العبد أن يحجر عليه السيد فعلًا ويتوعَّده على فعله، ثُمَّ يقول له يومًا ما: (إفعل كذا) لذلك الفعل المحجر عليه[4]، فيقول العبد: كيف أفعله، وقد ملكتني على أن لا أفعله، أو جعلت علي السبيل في فعله، فيقول له السيد أحد الكلامين، وهذا التقدير وإن كان متكلفًا لكن ارتكبناه لموافقة لفظه.

ولو قال: (إلَّا لقرينة) لكان أوفق لنصِّ "المدونة الكبرى" في العتق لكن لفظه أوفق لنص "التهذيب" في العتق، / وفي مسائل من كتاب التخيير والتمليك بالنسبة إلى عصمة الزوجة والبابان واحد. [ز:701ب]

ونص المسألة في "الأم": قلتُ: أرأيت الرجل يقول لعبده: لا سبيل عليك أو لا ملك لي عليك، قال: إن كان جرَّ هذا الكلام كلام كان قبله يستدِلُّ بذلك الذي جرَّ هذا القول أنه لا يريد بهذا القول الحرية؛ فالقول قول السيد، وإن كان هذا القول ابتداء من السيد؛ عتق عليه العبد، ولم أسمعه من مالك[5].

ونص "التهذيب": ومَنْ قال لعبده ابتداء منه: لا سبيل لي عليك، أو لا ملك لي عليك؛ عتق عليه، وإن علم أن هذا الكلام جواب لكلام كان قبله؛ صُدِّق في[6] أنه لم

(1) في (ز): (ذلك).

(2) في (ز): (أو).

(3) عبارة (إلا لجوابه... جواب سؤاله وإنما) ساقطة من (ع2).

(4) كلمة (عليه) ساقطة من (ب).

(5) انظر: المدونة (صادر/السعادة): 3/ 171.

(6) كلمة (في) ساقطة من (ب).

يرد به عتقًا، ولم يلزمه[1].

فتأمل الفرق بين النصين، و"اختصار البراذعي".

وإنما كان هذان اللفظان من الكتاب؛ لأنَّ دلالتهما بالمطابقة على نفي الملك أو السبيل، وهما من لوازم العتق، والألفاظ الأُوَل تدل بالمطابقة على العتق و(لا ملك لي) أقواهما.

وحذف المصنف صفة(مِلْكَ) وهو (لِي)، وخبره وهو (عَلَيْك)؛ لدلالة ما بعده، والحذف من الأوائل لدلالة الأواخر قليل لكنه أولى من أن يكون (لِي) و(عَلَيْك) صفة وخبر الملك، وحذف مثلهما من (سَبِيل) وإن كان الحذف من الأواخر[2] لدلالة الأوائل كثير[3]؛ لأنَّ فيه فصلًا بين المتبدأ وصفته وخبره بأجنبي وهو (سَبِيل) المعطوف، ويصح في كلامه غير هذا الإعراب.

[من صيغ العتق بالكناية]

وبِكَـ: «وَهَبْتُ لَكَ نَفْسَكَ»

هذا اللفظ هو عند المصنف من الكنايات الظاهرة، وإنما أعاد العامل معه، ولم يقل: (ووهبت)؛ لينبه على أن له نوعًا آخرَ من الدلالة على العتق لا كاللفظين قبله، فإن دلالتهما عليه كما قدمنا بدلالة الالتزام بحسب الوضع اللغوي، وهذا بدلالة الالتزام بحسب الحكم الشرعي.

فإذا قال لعبده: (وهبت لك نفسك) فمعناه: جعلت لك من نفسك ما كان لي منها، وهو ملكها، وهذا لا يدل على العتق لغة لا مطابقةً، ولا التزامًا لكنه يلزمه شرعًا إعتاق نفسه؛ إذ لا يحل له ملكها، وإذا لم يحل له ملك ابنه وغيره من الأقارب فأحرى نفسه.

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 224/2 و225.

(2) في (ز): (الأوائل).

(3) في (ز): (أكثر).

ولا فرق بين قوله: (وهبت لك نفسك) أو (وهبت لك عتقك) أو (تصدقت[1] عليك بعتقك) ونحوه.

قال في العتق الأول من "التهذيب": ومن قال لعبده: قد وهبت لك نفسك، أو عتقك، أو تصدقت عليك بعتقك؛ فهو حر؛ قبل ذلك العبد أو لم يقبل.

قال غيره: إذا وهبه[2] نفسه فقد وَجَبَ العتق، فلا ينتظر في هذا قبوله[3] مثل الطلاق إذا وهبها، فقد وهب ما كان يملك من الزوجة.

ومن وهب لعبده نصف رقبته، أو أخذ منه دنانير على عتقِ نصفه، أو باع نصفَه من نفسه؛ فجميع العبد حر، وولاؤه للسيد.اهـ[4].

قلتُ: ولا خفاء بأن قول الغير وفاق، وقوله: (مثل الطلاق) هو الصحيح الواقع في الأم[5]، وفي بعض نسخ "التهذيب": (بخلاف الطلاق) وتُعِقِّبت على البراذعي.

وإنما اقتصر المصنف على (وهبت لك نفسك) واستغنى عن ذكرِ غيره معه بكاف التشبيه الداخلة عليه؛ لأنَّه أقرب إلى الكناية مما بعده؛ لقرب ما بعده من الصريح، وأيضًا إذا لزم العتق في (وهبت لك نفسك) فأحرى فيما بعده.

وبِـ«كَاسْقِنِي» أوِ «اذْهَبْ» أوِ «اعْزُبْ» بِالنِّيَّةِ

هذه الألفاظ من الكنايات المحتملة للعتقِ وغيره، فلذا اشترط في إلزام[6] العتق بها نيته، ولذا[7] أعاد العامل معها -أيضًا- أي: ويلزم العتق في العبد -أيضًا- إذا خاطبه السيد بمثل واحد من هذه الألفاظ إذا نوى بها العتق.

فقوله: (بِالنِّيَّةِ) في موضعِ الحال من الألفاظ المذكورة؛ أي: يعتق بهذه الألفاظ

---

(1) كلمتا (أو تصدقت) يقابلها في (ب): (وتصدقت).

(2) في (ب): (وهب).

(3) في (ز): (بقوله).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 225/2.

(5) انظر: المدونة (صادر/السعادة): 171/3.

(6) عبارة (اشترط في إلزام) يقابلها في (ب): (شرط في التزام).

(7) ما يقابل كلمة (ولذا) بياض في (ز).

كائنة مع نية العتق بها، وفي هذا الإعراب نظر صناعي، ويجوز جعله صفة للألفاظ، وهو أسلم من النظر.

وأمَّا[1] إذا نوى بها غير العتق أو لم ينو شيئًا فإنه لا يلزمه عتق، وما ذاك إلَّا أن هذه[2] الألفاظ وأشباهها لا تدل على العتق لغة ولا شرعًا لا مطابقة ولا التزامًا، فلا يلزمه في خطابه العبد بها عتق إلَّا إن نواه / بها[3]، فيكون حينئذٍ استَعْمَل اللفظ في غير ما وُضِعَ له مجازًا، ودلَّ باللفظ على العتق، والدلالة باللفظ لا بد فيها من نية المتكلم، والألفاظ الثلاثة بعينها ليس منها في "المدونة" إلَّا لفظ (اذْهَبْ) إلَّا أن فيها ما يشبهها، وإنما ذكرها بعينها ابن شاس[4]، وابن الحاجب[5]. [ز:702/أ]

قال في العتق الأول من "التهذيب": ومن قال لأمته أو لزوجته: ادخلي الدار - وهو يريد بذلك حرية الأمة وطلاق الزوجة- لزمه ذلك، وإن أراد أن يقول لزوجته: أنت طالق، أو لأمته: أنت حرة، فقال لها: ادخلي الدار، ونحو ذلك؛ لم يلزمه شيء حتى ينوي أن الأمةَ حرة والزوجة طالق بما يلفظ به من القول قبل أن يتكلَّم به فيلزمه، وإن لم يكن ذلك الكلام من حروف الطلاق والحرية[6].

وكذلك إن قال لجاريته: أنت برية، أو خلية، أو بائن، أو بتَّة، أو قال لها: كلي أو اشربي أو تقنعي -يريد بذلك اللفظ الحرية- فهي حرة[7].

ومن قال لرجل: أعتق جاريتي، فقال لها ذلك الرجل: اذهبي، وقال: أردت بذلك العتق؛ فإنها تعتق؛ لأنَّه من حروف العتق، وإن قال: لم أرد بذلك العتق؛ صدق.اهـ[8].

---

(1) في (ز): (أما).

(2) عبارة (إلَّا أن هذه) زيادة انفردت بها (ز).

(3) كلمة (بها) ساقطة من (ب).

(4) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1184/3.

(5) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 784/2.

(6) كلمة (والحرية) ساقطة من (ب).

(7) في (ع2): (حرية).

(8) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 222/2 و223.

فانظر قوله: (لأنَّه من حروف العتق) فإِنَّ مفهوم العلة[1] إن قيل بعكسها يقتضي أن الرجل لو نطق بغير ما هو من غير حروف العتق، كـ(ادخلي الدار)؛ لم يقع العتق ولو نوى به الرجل العتق، فيكون مناقضًا لما صدر به المسألة.

والجواب أن ابن القاسم يعتبر حروف العتق مع النية فيما نطق به الوكيل، وأمَّا السيد فيلزمه العتق بكل لفظ نوى به العتق، قال فيها قبل الكلام الذي نقلناه ما معناه: إن ملَّك عبده العتق أو فوَّضه إليه، فقال العبد[2]: اخترت نفسي، ونوى العتق؛ عتق؛ لأنَّه من حروفه، وإن لم ينوه؛ لم يعتق، وقال غيره: يعتق، وإن لم ينوه؛ كالمرأة المملكة.

قال ابن القاسم: وإن قال العبد: أنا أدخل الدار ونوى العتق؛ لم يعتق إذ ليس من حروفه، وقال غيره: إن قال ذلك أو أَذْهَبُ أو أَخْرُجُ؛ لم يعتق إلَّا أن ينويه؛ لأنَّه كلام يشبه أن يراد به العتق.

ابن القاسم: وإن قال له السيد: ادخل الدار ناويًا العتق؛ لزمه بخلاف العبد؛ لأنَّه مُدَّعٍ إذا جاب بغير حروفه كالمرأة[3]. انتهى مختصرًا[4].

وقول الغير أولًا خلاف لقول ابن القاسم، وقوله ثانيًا خلاف له في قول العبد: (أنا أدخل الدار) وفاق في قوله: (أَذْهَبُ) أو (أَخْرُجُ).

وانظر كلام ابن يونس[5]، وعياض[6]، وغيرهما على المسألة، والطول منع من جلبه، وتحقيق القول فيه.

---

(1) كلمة (العلة) ساقطة من (ز).

(2) كلمة (العبد) زيادة انفردت بها (ز).

(3) عبارة (إذا جاب بغير حروفه كالمرأة) يقابلها في (ب): (مدع كالمرأة إذا جاب بغير حروفه) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 221.

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 367/5.

(6) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1216/3.

وعَتَقَ عَلَى البائِعِ إنْ عَلَّقَ هُوَ والمُشْتَرِي عَلَى البَيْعِ والشِّراءِ

يعني أن من قال لعبد له[1] معينًا: (إن بعتك فأنت حر) وقال له[2] رجل آخر: (إن اشتريتك فأنت حر) فباعه السيد من الرجل المذكور؛ فإن العبد يعتق على بائعه لا على مشتريه.

فضمير (**هُوَ**) يعود على (**البَائِع**)، وقوله: (**عَلَى البَيْعِ**) يرجع إلى (**البَائِع**) أو إلى ضميره.

وقوله: (**والشِّراءِ**) يرجع إلى المشتري، ومفعول (**عَلَّق**) محذوف تقديره العتق؛ أي: إن علق البائع عتق عبد على بيعه، وعلق المشتري عتق ذلك العبد على شرائه فوقع التبايع بين المعلقين في العبد فعلى البائع يعتق لا على المشتري.

ولو قال المؤلف: (وعلى الشراء[3]) بإعادة العامل لكان أبين في التوزيع، وأسلم من بعض المناقشات اللفظية التي في كلامه، فتأمَّلها.

وما ذكر من العتق على البائع هو المشهور، ويفهم من تخصيص المؤلف العتق على البائع في هذه المسألة مسألتان، وهما:

إن قال البائع خاصة: (إن بعتك فأنت حر) فباعه؛ فإن البيع ينتقض ويرد الثمن ويعتق العبد، أو قال المشتري خاصة: (إن اشتريك فأنت حر) فاشتراه؛ فإنه يعتق عليه، وهاتان بسيطتان، ومسألة المؤلف مركبة منهما.

وإنما قلنا: إنهما تفهمان من كلامه؛ لأنَّه لو لم يلزم ما ذكر فيهما لما كان لتخصيص البائع باللزوم في المركبة معنى، وهذا -أيضًا- من الأحكام التي اقتضاها[4] كلامه، وإن لم يكن مفهوم شرط.

والثلاث المسائل منصوصة في "المدونة" وغيرها، وهي في / "التهذيب" على [ز:702ب]

(1) كلمتا (لعبد له) يقابلهما في (ب): (لعبده).

(2) كلمتا (وقال له) يقابلهما في (ب): (وقاله).

(3) في (ب): (المشتري).

(4) في (ع2): (اقتضها).

التوالي ونصُّه: ومن قال لعبد: إن اشتريتك أو ملكتك فأنت حر، فاشتراه أو بعضه؛ عتق عليه جميعه، ويقوَّم عليه نصيب شريكه، وإن اشتراه بيعًا فاسدًا؛ عتق عليه ولزمته قيمته، ورد الثمن، كمن ابتاع عبدًا بثوبٍ فأعتقه ثُمَّ استحق الثوب؛ فعليه قيمة العبد.

ومن قال لعبده: إن بعتك فأنت حر، ثُمَّ باعه؛ عتق على البائع وردَّ الثمن.

قال ابن شبرمة: كما لو قال[1]: إذا مت فعبدي فلان حر.

قال مالك: ولو قال رجل مع ذلك: إن ابتعته فهو حر، فابتاعه[2]؛ فعلى البائع يعتق؛ لأنَّه مرتهن بيمينه.اهـ[3].

وقال ابن يونس عن عبد العزيز بن أبي سلمة فيمن قال لعبد: إن بعتك فأنت حر فباعه: إنه لا شيء عليه، وقاله عبد الملك؛ لأنَّه إنما يحنث بعد تمام البيع فكأنه حنث فيه، وهو في ملكِ[4] غيره، وهذا هو قول أهل العراق.

قال سحنون: وقول مالك أَوْلى؛ لأنَّ ما يفعله البائع من البيع سابق لما يفعله المشتري من الشراء؛ فهو أَوْلى أن يعتق عليه، وكما أجمعوا في الموصي بعتق عبده بعد خروجه من مِلْكه، فكذلك هذا، وبمثل هذا احتج ابن شبرمة.

قال ابن يونس: إذ لا ينعقد[5] عتقه إلَّا بعد الموت؛ إذ له الرجوع إلى الموت، فلمَّا صح عتقه بما عقد في حياته حين استقرار ملكه بإجماع؛ فكذا يصح عتق البائع بعد انتقال ملكه بما عقد في ملكه، وقد اعتلَّ بذلك ابن الموَّاز، وقال: إنما عتق وإن انتقل المالك؛ لأنَّ البيع والعتق وقعا معًا، فغلبنا العتق؛ لحرمته ولتقدُّم عتقه.

قال ابن يونس: ولأن البائع إنما علق عتقه بصفة يوقِعُها، وهو لفظ عقد البيع، فإذا أوقعه[6] حنث، كما لو قال [للعبد غيره][7]: إن اشتريتك؛ فأنت حر، فقد علق

(1) كلمة (قال) ساقطة من (ع2).

(2) كلمة (فابتاعه) ساقطة من (ع2).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 208 و209.

(4) في (ز): (ملكه).

(5) في (ع2) و(ب): (يعتقد) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) في (ز): (أوقعت).

(7) كلمتا (لعبد غيره) زيادة من جامع ابن يونس.

عتقه في ملك غيره بفعل يفعله، ويعتق به. انتهى، وفيه بعض اختصار[1].

قلتُ: القياس على الوصية ضعيف؛ لأنَّ حق الموصي باق في ماله حتى تنفذ وصاياه؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:11]، ولقوله ﷺ: «إِنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ، عِنْدَ وَفَاتِكُمْ، بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ، زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ»[2]، وحق البائع في المبيع ساقطٌ بنفس العقد الصحيح؛ لانتقال الملك والضمان به[3] على المشتري، واستحسن عبد الحق هذا التمثيل، وقال: إن الميت يستحيل وصفه بالملك كالجماد[4]، وإنما تنفيذ أفعاله رخصة.

قلتُ: ولا استحالة؛ إذ وصفه بذلك حِكَم شرعية، ثُمَّ قوله: (تنفيذ أفعاله رخصة) هو ما أردنا بالملك، ويكفي ذلك[5] في الفرق -أيضًا- الرخص لا يقاس عليها على الأصح، فالصواب؛ أنه لا يعتق[6] على البائع؛ لأنَّ ما علق العتق عليه، وهو البيع يستلزم خروجه عن ملكه، فكأنَّه علق عتقه على ملك غيره، وقال ﷺ: «لَا نَذْرَ فِي مَعْصِيَةٍ، وَلَا فِيمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ»[7].

وهذا البحث على القول بأن المشروط مُقَدَّر الوقوع بعد شرطه ظاهرٌ، وكذا -أيضًا- على القول بأنه واقع معه؛ لأنَّ تلك المعية بحسب الحكم، وإلَّا فالشرط متقدم بالذات على[8] مشروطه لا سيما الشروط اللغوية، فإنها أسباب وعلل، والعلة

(1) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا):5/ 328 و329.

(2) حسن، رواه ابن ماجة في باب الوصية بالثلث، من كتاب الوصايا، في سننه: 904/2، برقم (2709). والبيهقي في باب الوصية بالثلث، من كتاب الوصايا، في سننه الكبرى: 441/6، برقم (12571) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(3) كلمة (به) ساقطة من (ز).

(4) في (ز): (كالجماجم).

(5) كلمة (ذلك) يقابلها في (ع2): (في ذلك).

(6) في (ز): (يعتد).

(7) رواه مسلم في باب لا وفاء لنذر في معصية الله، ولا فيما لا يملك العبد، من كتاب النذر، في صحيحه: 1262/3، برقم (1641) عن عمران بن حصين رضي الله عنه.

(8) في (ع2): (لا).

متقدمة بالذات على معلولها.

وقول ابن يونس: (ما فعله البائع سابق على ما فعله المشتري، فيعتق على[1] البائع) ضعيفٌ؛ لأنَّ قول البائع[2]: (بعت) -ما لم يقل المشتري (اشتريت) متقدمًا أو متأخرًا- لا يوجِب انعقاد البيع الذي هو شرط العتق فلا عتق، وإذا أوجب المشتري مع إيجاب البائع الذي هو حقيقة البيع انتقل الملك فلا عتق، وإنما مثل تعليق البائع العتق على البيع مثل تعليقه على موت العبد.

ونقل اللخمي عن ربيعة مثل قول ابن أبي سلمة، وقال: واختُلِفَ إن قال: (إن بعتك فأنت حر إلى سنة) ففي كتاب محمد: إن باعه يفسخ البيع ويكون حرًّا إلى سنة.

وقال ابن الماجشون في "ثمانية" أبي زيد: لا حرية عليه، وهو عبد لمن اشتراه؛ لأنَّه يحنث بعد البيع، وإنما أعتق ملك غيره، ووافق مالكًا إذا قال: (أنت حرٌّ) ولم يقل: (إلى سنةٍ).اهـ[3].

فخرج من نقل ابن يونس واللخمي أن لابن الماجشون قولين فيما إذا لم يقل: (إلى سنة) وزاد اللخمي في تعليل لزوم / العتق عن استعمال القاضي أن تقدير (إن بعتك فأنت حر) أي: قبل بيعي إياك. [ز:703/أ]

قلتُ: وهو قريب مما تقدم، ويختص هذا بأنه يؤدي إلى اجتماع الثبوت والنفي على محلٍّ واحد؛ لأنَّ العتق المعلق على البيع لا يكون حتى يثبت البيع لكن البيع لا يثبت؛ لأنَّه في التقدير بعد الحرية[4]، فالعتق المعلق على ما لا يكون لا[5] يكون.

وأيضًا فكل من العتق والبيع في هذه المسألة يؤدِّي ثبوته إلى نفيه، وكل ما يؤدي إلى ذلك فثبوته محال، فكل[6] منهما في هذه الصورة محال.

---

(1) كلمة (على) ساقطة من (ز).

(2) كلمة (البائع) ساقطة من (ز).

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا):3710/7.

(4) في (ز): (الحنث).

(5) في (ز): (ولا).

(6) في (ز): (وكل).

وبَسَطَ بعضهم تعليل ابن المواز بأن[1] معيَّتهما زمانية، وهي لا تنافي سبقية البيع؛ لأنَّه من تقدم العلة على المعلول مع اتحاد زمنهما.

قال ابن عبد السلام: وهذا الكلام وإن كان معقولًا إلَّا أنَّ كونَ[2] البيع علة العتق بالجعل، وكونه علة نقل الملك[3] بالشرع بحيث لا ينفكان، وهذا المعلول مناف لذلك المعلول.اهـ[4].

قلتُ: يعني بـ(المعلولين): العتق والملك، وليس في كونهما منافيين[5] ما يستلزم إبطال العتق؛ بل إمَّا يبطلان كما قرَّرنا أو يبطل أحدهما.

لا يقال: يبطل العتق؛ لكون علته بالجعل، ويثبت الملك؛ لكون علته بالشرع، كما قال الشيخ؛ لأنا نقول: كلاهما شرعي إلَّا أن علة[6] الملك مما شرعه الشارع من غير سبب للمكلف فيه، والعتق أوجبه الشارع لما أوجبه المكلف على نفسه كسائر النذور.

وإذا تحقق كونهما شرعيين غلب العتق؛ لتشوف الشرع إليه حسبما تقرَّر من أصوله لكن يبقى فيه من الأبحاث ما قدمنا، والمسألة محتملة لأطول من هذا وفيما ذكرناه مقنع.

وهذا الخلاف في البائع -كما ترى- وأمَّا إن[7] قال: (إن اشتريتك فأنت حر) فاشتراه؛ فإنه يعتق هذا هو المشهور.

ونقل بعضهم فيه الخلاف ويتخرج فيها عدم العتق على الخلاف في لزوم الطلاق المعلق على التزويج، قال ابن عبد السلام: ورأيت في بعض تآليف المتأخرين

(1) في (ز): (لأن).

(2) في (ز): (يكون).

(3) كلمة (الملك) ساقطة من (ز).

(4) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 73/17.

(5) في (ز): (متنافيين).

(6) في (ب): (شرعية).

(7) في (ب): (من).

قولًا بلزوم العتق للمشتري في مسألة المؤلف[1].

قلتُ: وهي المسألة المشروحة من هذا الكتاب، وحيث وجب العتق على البائع في هذه المسألة ففي[2] افتقاره إلى حكم قولان، وفي حكم مال العبد كلام تركناه خشية السآمة، ولهذه المسألة شبه بمن قال: إن تزوجتك فأنت طالق، وأنت علي كظهر أمي.

وبِالاشْتِراءِ الفاسِدِ فِي: «إنِ اشْتَرَيْتُكَ» كَأَنِ اشْتَرَى نَفْسَهُ فَاسِدًا

يعني: إن قال: (إن اشتريتك فأنت حر) فابتاعه بيعًا فاسدًا؛ فإنه يعتق عليه، كما لو ابتاعه بيعًا صحيحًا وعلى المشتري للبائع[3] قيمة العبد ويرد البائع الثمن؛ لأنَّ ما لزم فيه من العتق تفويت لرجوع البيع.

فقوله: (**وَبِالِاشْتِرَاء**)؛ أي: ويعتق العبد بالاشتراء الفاسد في مسألة: (**إِنِ اشْتَرَيْتُكَ**) ولو قال: (وبالشراء) لكان أخصر.

لا يقال: إنما قال[4]: (**الِاشْتِرَاءِ**) ليتعين المشتري؛ لأنَّ الشراء لغة قد يستعمل للبيع نحو: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ﴾ [يوسف:20]؛ لأنا نقول: وإن صح لغة إلَّا أن الحقيقة العرفية عند الفقهاء استعماله في الاشتراء.

وهذه المسألة في أول العتق الأول من "المدونة"، وقد مرَّ نَصُّها في الفصل قبل هذا، وقال بعضهم: يقوم منها أن[5] البيع الفاسد يصح التفويت فيه قبل القبض.

قلتُ: وهي مسألة قولين إلَّا أن في أخذِه من هذه المسألة نظرًا؛ لأنَّ هذه المسألة من الأيمان والحنث فيها يقع بأقل مما[6] ينطلق عليه اللفظ، ومحل الخلاف ما يكون التفويت فيه بالاختيار لا بالحكم؛ نعم لا يبعد أن يخرج في هذه خلاف ممن حلف

(1) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 74/17.

(2) في (ز): (في).

(3) في (ب): (البائع).

(4) في (ع2) و(ب): (يقال).

(5) في (ع2) و(ز): (إن).

(6) في (ز): (ما).

ليطأَنَّ فوطئ حائضًا، كما خرج منها فيمن حلف ليتزوجن فتزوج فاسدًا.

ولا يَبْعد أن يكون في كلامه في هذا الفصل والذي قبله حذف التقابل، والتقدير: وعتق على البائع بالبيع إن علق هو إلى آخر، وعلى المشتري بالاشتراء في إن إلى آخر، فأثبت في الأول على البائع وحذف نظيره من الثاني، وهو المشتري[1]، وأثبت بالاشتراء في الثاني وحذف نظيره من الأول، وهو بالبيع.

وقوله: (كَأَنِ...) إلى آخره يعني: أن لزوم عتق[2] العبد بالاشتراء الفاسد في (إن اشتريتك) كلزومه فيما إذا اشترى العبد نفسه / من سيده شراءً فاسدًا. [ز:703ب]

وكما أنه بنفس قبوله البيع يعتق -وإن كان البيع فاسدًا لشبهة الملك، وهو لا يصح له أن يملك نفسه- كذلك يعتق على المشتري المعلق وإن كان الشراء فاسدًا.

والجامع أن كلًّا منهما لا يصح له الملك الصحيح، ولا يستمر له، وإن كان هذا في نفسه، وذلك فيمن علق العتق فيه، ومَهْمَا حصل الملك لهما حصل العتق، فكذلك -أيضًا- مهما حصلت شبهة الملك حصل العتق.

وتلخيص القياس أن تقول في المعلق: حصلت له شبهة الملك فيعتق عليه، كما لو حصل الملك الصحيح أصله المشتري نفسه شراء فاسدًا، والجامع لزوم العتق بالملك الصحيح[3]، ويمكن تقرير هذا القياس بعبارات شتى لسنا الآن لها.

والدليل على أنَّ البيع الفاسد يوجِب شبهة الملك؛ أن الضمان ينتقل فيه بالقبض، ويكون الخراج به للمشتري، وينتقل الملك فيه بالقبض والفوات على المعروف من المذهب.

وإنما جعل مسألة شراء العبد نفسه أصلًا لمسألة التعليق؛ للاتفاق[4] على مسألة شرائه نفسه -والله أعلم- هذا إن قَصَد المصنف القياس لا مجرد إفادة[5] الحكم،

---

(1) كلمتا (وهو المشتري) يقابلهما في (ز): (وهو على المشتري) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) في (ز): (غير).

(3) كلمة (الصحيح) ساقطة من (ز).

(4) في (ع2): (الاتفاق).

(5) كلمة (إفادة) ساقطة من (ز).

ثُمَّ[1] في هذا القياس أبحاث يطول ذكرها فعليك بتتبعها[2].

ويتقوَّى القول في مسألة التعليق بأن[3] العتق فيها بالسراية، ولا يتوقف على الحكم مِن قياسها على هذه.

ومسألة شراء العبد نفسه مذكورة في العتق الثاني من "المدونة" قال فيها: وإذا اشترى العبد نفسه من سيده شراءً فاسدًا؛ فقد تمَّ عتقه، ولا يرد ولا يتبعه السيد بقيمته ولا غيرها، بخلاف شراء غيره إياه، إلَّا أن يبيعه نفسه بخمر أو خنزير، فيكون عليه قيمة رقبته.

وقال غيره: هو حر، ولا شيء عليه.

وإن باعه من أجنبي بخمرٍ أو خنزيرٍ، أو بما لا يحل فأعتقه المبتاع؛ جاز عتقه، ولم يرد، ولزم المبتاع قيمته يوم قبضه.اهـ[4].

والشِّقْصُ والمُدَبَّرُ وأُمُّ الوَلَدِ ووَلَدُ عَبْدِهِ مِنْ أَمَتِهِ وإِنْ بَعْدَ يَمِينِهِ، والإِنْشاءُ[5] فِيمَنْ يَمْلِكُهُ، أَوْ «لِي» أَوْ «رَقِيقِي» أَوْ «عَبِيدي» أَوْ «مَمَالِيكي» لا عَبِيدُ عَبِيدِهِ، كَـ«أَمْلِكُهُ أَبَدًا»

الظاهر أن (الشِّقْص) مرفوع عطف على الفاعل المستتر في قوله قبل (عَتَقَ)، وهو ضمير عائد على العبد المعتق المفهوم من أول الباب، وصح العطف عليه، وإن لم يؤكد بالمنفصل للفصلِ الكثير؛ أي: وعتق على الحالف في اليمين بالعتق إن

(1) كلمة (ثم) ساقطة من (ز).

(2) في (ع2): (بتبعها).

(3) في (ز): (لأن).

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 250.

(5) في نسخة ابن غازي: (وَالإِمَاءُ) عوضًا عن (الإِنْشَاء) وقال: (وَالإِمَاءُ فِيمَنْ يَمْلِكُهُ) أي: وكذا تدخل (الإماءُ) فِي لفظ: (من أملك) وما بعده، وفِي بعضها: (والأنثى) والمعنى واحد، وأما (الإِنْشَاء) بالنون والشين المعجمة فهو هنا ضلال مبين، عَلَى أنّه لَو سكت عَن الإماءِ لفهمنا دخولهن من قوله قبلُ: (وأُمُّ الْوَلَدِ).اهـ.

أبو البركات الدردير: (الإِنْشَاء) بالجر عطفًا على مقدَّرٍ، ويَصِحُّ رفعه على أنه مبتدأ حذف خبرُهُ؛ أي: (الإِنْشَاءُ) فيما ذكر كالتعليق.اهـ.

حنث[1] فيها، وعلى المنشئ للعتق في الإنشاء من غير يمين الشخص الذي لكلٍّ منهما في عبد أو عبيد.

ويكمل عليهما الباقي بعد الشقص أو الأشقاص[2]، وما لهما من مدبر، وأم ولد، وما لعبدهما أو عبيدهما من ولد، أو أولاد من أمةٍ للعبد أو إماء[3] للعبيد؛ لأنَّه حينئذ يكون الولد ملكًا لسيد العبد؛ لأنَّ العبد لا يصح له ملك ولده، وهو -أيضًا- لا يعتق عليه؛ إذ ليس للعبد عتق، فلم يبقَ إلَّا أن يكون الولد ملكًا لسيد أبيه، فيلزمه عتقه كسائر عبيده.

وأمَّا إن كان ولد العبد من حرة؛ فهو حر، وإن كان من أمة لغير السيد؛ فهو مملوك لسيد تلك الأمة، فهذه الأنواع كلها داخلة في العتق على الحالف وعلى المنشئ إذا كان لفظ كل منهما (كل ما أملكه)[4]، ويعني (في الحال)، على هذا يحمل لفظه[5]؛ لأنَّ المضارع إذا تجرَّد من قرائن الحال والاستقبال كان الراجح فيه الحال، أو كان[6] لفظهما: (كل مملوك لي).

وعلى الحال يحمل -أيضًا-[7] هذا الوصف الذي هو مملوك، أو قال كل منهما: (رقيقي) أو (عبيدي) أو (ممالكي أحرار)، ولا يلزم كل منهما في هذه الألفاظ عتق عبيد عبيده؛ لأنهم ليسوا بمماليك لسادات العبيد، وإن كان لهم انتزاعهم، وإنما هم مماليك لعبيدهم[8] حتى ينتزعوهم.

وكما لا يلزمهم عتق عبيد عبيدهم فكذا لا يلزمهم عتق شيء من جميع ما ذكر

---

(1) في (ز): (حلف).

(2) كلمتا (أو الأشقاص) يقابلهما في (ب): (والأشقاص).

(3) كلمتا (أو إماء) يقابلهما في (ب): (وإماء).

(4) في (ع2): (أملاك).

(5) كلمة (لفظه) يقابلها في (ب): (لفظة المضارع).

(6) كلمتا (أو كان) يقابلهما في (ب): (وكان).

(7) كلمتا (يحمل أيضًا) يقابلهما في (ب): (أيضًا يحمل) بتقديم وتأخير.

(8) كلمة (لعبيدهم) ساقطة من (ز).

إن كان لفظ كل منهما: (كل مملوك[1] أملكه أبدًا) و(كل ما أملكه أبدًا حر) فإن الحالف بهذا اللفظ أو منشئ العتق به لا يلزمه عتق لا فيما يملكه في الحال ولا فيما يملكه في المستقبل.

أمَّا ما يملكه في الحال فإنما لم يلزمه عتقه؛ لأنَّ قوله: (أَبَدًا) ظرفٌ بمعنى الاستقبال، والعامل فيه (أَمْلِكُه)، والمضارع يتخَّلص للاستقبال إن عمل في ظرف مستقبل / فلفظ: (أَبدًا) يخرج ما يملكه في الحال، وأمَّا أنه لا يلزمه عتق من يملك[2] [ز:704/أ] في الاستقبال فللحرج[3] والمشقة؛ فإنه[4] لو لزمه لما أمكن أن يملك عبدًا طول عمره؛ لقوله: (أَبَدًا)، وهذا كمن قال: (كل امرأة أتزوجها طالق) فإنه لا يلزمه شيء للحرج.

هذا كله معنى كلام المؤلف على الجملة.

والظاهر أن قوله: (والإِنْشَاء) مخفوض بالعطف على محذوف تقديره إمَّا في اليمين بعد قوله: (مِنْ أَمَتِه).

وإنما لم يقدر بعد قوله: (يَمِينِه)؛ لئلا يتوهم دخول الإنشاء في الإغياء، ولا معنى له؛ إذ لا يتسع الزمان بعد الإنشاء وقبل العتق للولادة؛ لأنَّ الإنشاء لفظ يقارنه معناه في الوجود وإمَّا أن يكون المعطوف عليه المقدر بالتعليق[5] ويقدر قبل (الشِّقْصُ)؛ أي: ويعتق باليمين إن حنث فيها (الشِّقْصُ)، وما عطف عليه، ويعتق مجموع ذلك بـ(الإِنْشاء) -أيضًا- فيمن كان لفظه[6] التزام عتق[7] من يملكه، كأن يقول[8] في

(1) كلمة (مملوك) ساقطة من (ز).

(2) كلمتا (من يملك) يقابلهما في (ب): (ما يملكه).

(3) في (ب): (للحرج)، وفي (ز): (فليخرج).

(4) في (ب): (لأنه).

(5) في (ع2): (بالتعليق).

(6) في (ب): (عتقه).

(7) في (ع2): (أعتق).

(8) كلمة (يقول) يقابلها في (ب): (يقول له).

اليمين: (علي عتق من أملكه) ولم يقل: (أبدًا) ولا ما يقوم مقامه من الألفاظ الدالة على الاستقبال.

وكأن يقول في الإنشاء: (من أملكه حرًّا) أو يقول كل منهما: (كل من أملكه) بزيادة (كل) ولا يقيد بدليل استقبال[1]، أو يقول كل منهما: (كل مملوك لي) ولا يزيد (أبدًا) أو ما يقوم مقامه، أو يقول: رقيقي أو عبيدي أو ممالكي.

وقوله: (**لا عَبِيدُ عَبِيدِهِ**)؛ أي: ولا يعتق على الحالف أو المنشئ في هذه الألفاظ عبيد عبيده؛ لأنهم لا يتناولهم شيء من هذه الألفاظ[2].

وقوله: (**كَأَمْلِكُهُ أَبَدًا**) التشبيه راجعٌ إلى عبيد العبيد في عدم لزوم العتق[3]؛ أي: لا يلزمه عتق عبيد العبيد كما لا يلزمه عتق إن قال: (كل مملوك أملكه أبدًا حر) لما قدمنا.

ويحتمل[4] قول المؤلف: (**والإِنْشاء**) وجوهًا من الإعراب متكلفة، وأظهرها ما قدمناه، والحكم الذي ذكر في الحالف والمنشئ منصوص في العتق الأول من "المدونة" قال في "التهذيب": ومن قال: كل مملوك أملكه[5] حر في غير يمين، أو[6] في[7] يمين حنث بها؛ عتق عليه عبيده، ومدبروه، ومكاتبوه، وأمهات أولاده، وكل شقص له في[8] مملوك، ويقوم عليه بقيته إن كان مليًّا، ويعتق عليه أولاد عبيده من إمائهم ولدوا بعد يمينه أو قبل، وأمَّا عبيد عبيده وأمهات أولادهم؛ فلا يعتقون، ويكون لهم تبعًا[9].

فقوله: (في غير يمين) هو الإنشاء الذي ذكر المصنف، وقوله: (أو في يمين حنث

---

(1) في (ب): (الاستقبال).

(2) عبارة (وقوله: (لاَ عَبِيدُ... من هذه الألفاظ) ساقطة من (ز).

(3) في (ع2) و(ب): (الفتوى).

(4) في (ز): (ويحمل).

(5) في (ع2) و(ز): (له) وما اخرتناه موافق لما في تهذيب البرذاعي.

(6) في (ب): (أي).

(7) كلمة (في) زيادة انفردت بها (ز).

(8) كلمة (في) يقابلها في (ع2): (في أولاد) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(9) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/209 و210.

بها) هو المضمر في كلام المصنف الذي دل عليه بقوله: (**وَإِنْ بَعْدَ يَمِينِه**).

ثُمَّ قال بعد هذا بقليل: ومن قال: كل مملوك أو جارية أو عبد أشتريه أو أملكه في المستقبل؛ فهو حر في غير يمين أو في يمين حنث بها، فلا شيء عليه فيما يملك أو يشتري؛ كان عنده يوم حلف رقيق أم لا، إلَّا أن يعين عبدًا، أو يخص جنسًا، أو بلدًا، أو يضرب أجلًا كقوله: من الصقالبة، أو البربر، أو من مصر، أو من الشام، أو إلى ثلاثين سنة؛ يلزمه[1]، وهذا كمن عمَّ أو خصَّ في الطلاق.

ومن قال: إن دخلت هذه الدار أبدًا فكل مملوك أملكه حر، فدخلها؛ لم يلزمه العتق إلَّا فيما ملك يوم حلف، فإن لم يكن له يومئذ مملوك؛ فلا شيء عليه[2] فيما يملك قبل الحنث أو بعده.

أشهب: ولو قال: (إن دخلت هذه الدار فكل مملوك أملكه أبدًا حر) فدخلها؛ لم يعتق عليه ما عنده من العبيد؛ لأَنَّه إنما أراد ما يملك في المستقبل، كما لو قال: (كل مملوك أملكه أبدًا حر، وكل امرأة أتزوجها أبدًا طالق) فلا شيء عليه فيما عنده من عبد أو زوجة.اهـ[3].

فمسألة أشهب هي التي أراد المصنف بقوله: (**كَأَمْلِكُهُ أَبَدًا**).

والمحققون على أن قول أشهب وفاق لابن القاسم، وأن قَيْد الأبدية في كلام ابن القاسم راجعة للدخول لا للملك لا سيما على الرواية الصحيحة، وهي إيلاء (أبدًا) لفظ (الدار).

قلتُ: ويدل على الوفاق قول ابن القاسم في قوله: كل مملوك أملكه أو أشتريه في المستقبل فإنه إذا لم يلزمه عنده في هذه شيء؛ للحرج فأحرى ألا يلزمه شيء في قوله: (أملكه أبدًا) والله أعلم.

[وجوب العتق بالنذر]

وَوَجَبَ بِالنَّذْرِ، ولَمْ يُقْضَ إلا بِبَتٍّ مُعَيَّنٍ

---

(1) في (ز): (فيلزمه).

(2) كلمة (عليه) ساقطة من (ز).

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 210 و211.

يعني أن العتق يجب على مَنْ نذره بسببِ نذره إياه، كأن يقول: لله عليَّ عتق رقبة؛ سواء كانت الرقبة مبهمة كهذا المثال، أو معينة كما لو قال: لله عليَّ عتق عبدي ميمون، ففي هاتين الصورتين يجب عليه العتق؛ لوجوب الوفاء بالنذر، ولا يقضى عليه / بذلك، ولو في نذره عتق المعين إذا رافعه ذلك المعين. [ز:704ب]

وظاهر إطلاق المصنف في النذر يقتضي أنه سواء -أيضًا- كان النذر في الصورتين بغير يمين كما مثَّل أو بيمين كما لو علق فقال: إن فعلت كذا فعليَّ عتق رقبة، أو فعليَّ عتق عبدي ميمون، وليس كذلك؛ بل نصَّ في "المدونة" على أنه[1] إذا حلف بعتق عبده ثُمَّ حنث؛ قضي عليه بعتقه، إلَّا أن يقال: استغنى بما تقدم له في الأيمان من أن[2] اليمين بالعتق من الأيمان[3] التي يقضى بها.

لا يقال: إنه قدم هناك -أيضًا- أن النذر مما يجب فلا يحتاج إليه هنا؛ لأنا نقول: إنه لم يذكر هناك هل يقضى به؟ أم لا؟

وقوله: (**ولَمْ يُقْضَ إلا بِبَتٍّ مُعَيَّنٍ**) أي: لا يقضي الحاكم على المعتق بإنفاذ ما أعتق إلَّا إن أبتَّ عتق عبد معين، كأن يقول لعبده ميمون مثلًا: أنت حر؛ فحينئذ يحكم عليه بالعتق ويخرج من يده.

قال في "التهذيب" فيمن أبتَّ عتق عبده أو حنث بذلك في يمين: عتق عليه بالقضاء، ولو وعده بالعتق، أو نذر عتقه؛ لم يُقْض بذلك عليه.اهـ[4].

وقد يعارض قوله هنا[5] في القضاء بعتقِ العبد المحلوف بعتقه إن حنث بما له[6] في كتاب الهبات من قوله: ومن قال: داري صدقة على المساكين أو على رجل بعَيْنِه

---

(1) كلمة (أنه) ساقطة من (ز).

(2) كلمة (أن) زيادة انفردت بها (ز).

(3) كلمتا (من الأيمان) يقابلهما في (ز): (بالأيمان).

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 208.

(5) كلمتا (قوله هنا) ساقطتان من (ع2) و(ب) وقد انفردت بهما (ز).

(6) كلمتا (بما له) ساقطتان من (ب).

في يمين، فحنث؛ لم يقض عليه بشيء، وإن قال ذلك في غير يمين بتلًا؛ فليقض عليه إن كان لرجل بعينه[1].

فلم يراعِ في الصدقة حق المعين وراعاه في العتق، ولا يكفي قول بعضهم: إنَّ تَشَوُّف الشرع للعتق أكثر من الصدقة؛ لأنَّ مالكًا نصَّ على أن الصدقة أفضل، ولا قولهم: إن اليمين بالعتق مقيس على اليمين بالطلاق الذي هو مجمع على القضاء به؛ لأنَّ الصدقة على المعين[2] -أيضًا- لا يمتنع قياسًا على الطلاق من الوجوه الذي قيس عليه العتق.

فائدة: إن أبتَّ العتق أو حنث به؛ قضى، وإن وعد به لم يجب، ولم يقض، وإن نذره؛ وجب، ولم يقض هذا كله على ما في العتق من "المدونة"، وفي القضاء بالنذر خلاف، وفي وجوب العدة خلاف.

[أوجه التشابه والاختلاف بين العتق والطلاق]

وهُوَ فِي خُصُوصِهِ وَعُمُومِهِ ومَنْعٍ مِنْ وَطْءٍ وَبَيْعٍ فِي صِيغَةِ الحِنْثِ[3]، وَعِتْقِ عُضْوٍ، وَتَمْلِيكِهِ الْعَبْدَ وَجَوَابِهِ؛ كَالطَّلَاقِ، إلَّا لِأَجَلٍ، وَأَحْدَكُمَا[4]، فَلَهُ الاِخْتِيَارُ، وَ«إِنْ حَمَلْتِ[5] فأنت حرة»، فَلَهُ وَطْؤُهَا فِي كُلِّ طُهْرٍ مَرَّةً

الضمير في (هُو) عائدٌ على العتق، وهو مبتدأ خبره (كالطَّلاق)، والمعنى: أن العتق (فِي خُصُوصِه) أي: إن علق العتق على وجهٍ مخصوص من الملك فإنه مهما حصل ذلك الوجه من الملك؛ لزمه العتق، كما لو قال: كل مملوك أملكه من الصقالبة أو السودان أو من مصر[6] أو إلى أجل يبلغه عمره في التقدير، وكذا الحكم

(1) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 247/4.

(2) كلمتا (على المعين) يقابلهما في (ب): (المعينة).

(3) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (حنث) بالتنكير.

(4) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (إحداكما).

(5) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (حَمَلَتْ).

(6) عبارة (السودان أو من مصر) يقابلها في (ب): (مصر أو من السودان) بتقديم وتأخير.

في الطلاق إن علقه على تزويج مخصوص فإن الطلاق يلزم بحصول ذلك الوجه.

وقوله: (وعُمُومِهِ) أي أن حكم[1] العتق إن علق على عموم الملك عدم اللزوم كما أن حكم الطلاق كذلك، فمن قال: كل مملوك أملكه أبدًا، أو على كل حال؛ فهو حر لم يلزمه شيء للحرج.

ومن قال: كل امرأة أتزوجها طالق؛ فلا شيء عليه للحرج.

وقد تقدَّم نص هاتين المسألتين في "المدونة"، ولا فرق في عدم لزوم العتق والطلاق مع العموم بين أن يكونا معلقين أو منشأين نصَّ على ذلك في "المدونة".

وقوله: (ومَنْعٍ...) إلى قوله: (الحِنْث) (مَنْعٍ)[2] مخفوض بالعطف على (خُصُوصِهِ) يعني: والعتق -أيضًا- كالطلاق في منع الحالف به في أمة له من وطئِها وبيعها، وفي عبد له من بيعه إذا كانت يمينه على حنث حتى يفعل ما حلف عليه، فحينئذ يباح له وطؤها أو بيعها، كما لو قال: أمتي حرة إن لم أفعل كذا، أو لأفعلنَّ كذا، وهاتان الصيغتان هما المراد بقوله: (فِي صِيغَةِ الحِنْثِ).

وكذا الحكم في الطلاق إن قال: امرأتي طالق؛ لأفعلن كذا، وإن لم أفعله فإنه يمنع من الوطء حتى يفعل ما حلف عليه.

وفي المنع من الوطء يصح تشبيه العتق بالطلاق، وأمَّا المنع من البيع فخاصٌّ بالعتق.

ومفهوم قوله: (فِي صِيغَةِ الحِنْثِ) أن اليمين إذا كانت بصيغة البر؛ لم يمنع الحالف من بيعٍ ولا وطءٍ، وهو صحيح، وهو من المفهوم الذي لم يلزم اعتباره.

قال[3] في "المدونة" في اليمين بالعتق على بر: ومن حلف بعتقٍ إن فعلت كذا، أو لا أفعل كذا، فهو على بر، ولا يحنث إلَّا بالفعل، ولا يمنع من بيع ولا وطء، / وإن مات؛ لم يلزم ورثته عتق. [ز:705/أ]

---

(1) في (ب): (الحكم) وفي (ع2): (لحكم).

(2) في (ب): (مع).

(3) في (ب): (وقال).

وقال في الحنث[1]: وإن قال: إن لم أفعل[2]، أو لأفعلن؛ فهو حانث[3]، يمنَعُ من البيع والوطء، ولا أمنعه الخدمة، فإن مات قبل الفعل؛ عتق رقيقه في الثلث؛ إذ هو حنث وقع بعد الموت.

وقال في الحنث أيضًا -وقد جمع العتق والطلاق-: وإن قال لأمته: إن لم تدخلي أنت الدار أو تفعلي كذا، فأنت حرة، أو لزوجته: فأنت طالق، أو قال: إن لم يفعل فلان كذا فعبدي حر، وزوجتي طالقٌ؛ منع -أيضًا- من البيع والوطء، وهو على حنث.اهـ[4].

ووجه المنع من البيع؛ أن العبد أو الأمة مرتهنان بيمينه إذ هو بصدد[5] أن يحنث فيكونا حرين، ولا يجوز بيع الحر، ولهذا -أيضًا- يمنع من الوطء؛ لأنَّه لا يجوز[6] وطء فرج مشكوك فيه أيحل أم لا.

ونقل ابن يونس عن ابن كنانة إن حلف[7] ليفعلن، ولم يضرب أجلًا[8]: لا أحب له وطأها لما عسى[9] أن يحنث فيه كيمينه ليضربن عبده أو لينحرن بعيره؛ إذ قد يموتان والحالف حي فيحنث، وأمَّا ما لا يحنث فيه إلَّا بموته كيمينه ليسافرن فله الوطء؛ لأنها كالمدبرة إنما تعتق بعد الموت.

وقال ابن حبيب: مَنْ أَخَذَ بهذا لم أعبْه، وقال أصبغ: كل ذلك سواء[10].

ونقل اللخمي في وطء الأمة أربعة أقوال:

---

(1) كلمة (الحنث) يقابلها في (ع2): (العتق الحنث).

(2) كلمة (أفعل) ساقطة من (ع2).

(3) كلمة (حانث) يقابلها في (ز): (على حنث).

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 214.

(5) ما يقابل كلمة (بصدد) بياض في (ز).

(6) في (ع2): (يحل).

(7) في (ز): (فعل).

(8) كلمة (أجلًا) ساقطة من (ز).

(9) ما يقابل كلمة (عسى) بياض في (ز).

(10) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/347.

المنع، والجواز، وقال مالك: ترك الوطء محدث، وليس من الأمر القديم.

قال اللخمي: يريد: كان على برٍّ أو حِنْث، وهو أحسن، والمنع في جميع ذلك استحسانٌ، والمنع فيمن ضرب أجلًا؛ لأنَّه يضارع نكاح المتعة، وعكس هذا لأنَّه مع الأجل على بر، وانظر توجيه الأقوال فيه(1).

فإن قلتَ: ظاهر قوله: (فِي صِيغَةِ الحِنْثِ) أنه يمنع من ذلك معها ولو ضرب أجلًا وليس كذلك؛ لقوله في كتاب العتق من "المدونة": ومن حلف بطلاقِ امرأته ليفعلن كذا إلى أجل؛ لم يحل بينه وبين وطئها.

وقال أيضا: إن قال: أمتي حرة إن لم أفعل(2) كذا إلى أجل، أو إن لم يفعل فلان كذا إلى أجل سماه؛ فهو على بر.

مالك: ولا يمنع من الوطء في الأجل، ويمنع من البيع؛ لأنها مرتهنة بيمين، ولو باعها ردَدت البيع، ولم أقبل منها رضاها بالبيع.

وروي لمالك أنه يمنع من وطئها(3) كمنعه من البيع.اهـ(4).

والحاصل أنه يمنع من البيع مع التأجيل (فِي صِيغَةِ الحِنْثِ) وهل يمنع من وطء الأمة قولان في "المدونة"، وحكى ابن رشد في وطئه الزوجة -أيضًا- قولان، والتعليل السابق في منع الوطء جاز هنا وهو الأرجح.

قلتُ: صيغة الحنث إذا ضرب الحالف معها أجلًا كان حكمها حكم صيغة البر ألا تراه في "المدونة" قال قبل هذه المسألة: ومن ضرب أجلًا في يمينه لأفعلن، أو إن لم(5) أفعل، فهو على بر(6).

وأيضًا: فعل المؤلف رجَّح المنع من الوطء في صيغة الحنث، ولو مع الأجل

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3737/7.

(2) كلمة (كذا إلى أجل... إن لم أفعل) زيادة انفردت بها (ب).

(3) في (ع2): (بيعها).

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 215 و216.

(5) كلمة (لم) زيادة انفردت بها (ز) وهي في تهذيب البراذعي.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 215.

كما اخترناه؛ نعم يقلق معه[1] لفظه باعتبار البيع كما رأيت.

وقوله: (وعِتْق عُضْو) أي: والعتق كالطلاق في تمليكه إن أعتق عضوًا من عبد أو أمة، كما لو قال: يدك أو رجلك حرة فإنه يعتق كله، وكذا الطلاق؛ لأنَّ كلًّا منهما لا يتجزَّأ الطلاق مطلقًا، والعتق مع الاختيار؛ إذ لا يصح كون بعض الزوجة حلالًا وبعضها حرامًا، أو بعض العبد مملوك، وبعضه ليس كذلك لملك واحد.

قال في مسألة العتق في "المدونة": وإن قال لعبده: يدك حرة، أو رجلك حرة؛ عتق عليه جميعه، وكذلك إن شهدت عليه بذلك بينة وهو يجحد.اهـ[2].

وقد تقدَّم إن قال له: أنت حر اليوم.

وقال في "المدونة" في مسألة الطلاق: وإن قال لها: يدك أو رجلك أو أصبعك طالق؛ طلقت كلها، وكذلك العتق، ومن طلق بعض تطليقة؛ لزمه طلقة كاملة.

ابن شهاب: ويوجع ضربًا من قال ذلك[3].

قال ابن يونس مُعَلِّلًا لزوم الطلاق والعتق بالعضو: لأنَّه إذا اجتمع الحظر والإباحة غلب الحظر كالأمة بين الشريكين، والمعتق بعضها، والشاة يذبحها المجوسي والمسلم.

قال سَحنُون في كتاب ابنه: ولو قال لها: شعرك طالق، أو حرام؛ فلا شيء عليه، ولو قال لعبده: شعرك حر؛ لم يلزمه شيء.

قال ابن يونس[4]: وقال لي بعض أصحابنا: تحرم / إذا حرم شعرها؛ لأنَّه من محاسنها، ومن خَلْقِها حتى يزايلها، وكذلك لو قال[5]: كلامك عليَّ حرام، لحرمت؛ لأنَّه من محاسنها[6]. [ز:705ب]

---

(1) في (ب): (مع).

(2) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 223.

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 116.

(4) كلمتا (ابن يونس) ساقطتان من (ز).

(5) كلمتا (لو قال) ساقطتان من (ب).

(6) عبارة (ومن خلقها حتى... لأنَّه من محاسنها) ساقطة من (ز).

قال سَحنُون: لا أرى عليه شيئًا في الكلام والشعر، وكذلك قال ابن الموَّاز عن ابن عبد الحَكم.

وقال عن أشهب: إنها تحرم عليه.

وقال بعض القرويين: إذا طلق كلام امرأته؛ لزمه الطلاق؛ لأنَّ من كلام المرأة ما لا يحل أن يسمعه إلَّا الزوج، فقد حرم ذلك النوع على نفسه؛ فيلزمه الطلاق(1).

قلتُ: وتأمَّل من علل اللزوم بقوله: (من محاسنها) فإنَّ الصواب أن يقتصر على قوله: (من خلقها) فإنه المعتبر.

وقوله: (وَتَمْلِيكِهِ الْعَبْدَ(2) وَجَوَابِهِ)؛ أي: والعتق إذا ملكه السيد لعبده كأن يقول له: ملكتك عتقك، أو عتقك بيدك، أو أنت حر إن شئت؛ فإن ذلك يكون بيد العبد كما إذا ملك الزوج امرأته الطلاق بمثلِ هذه الألفاظ فإِنَّ ذلك يكون بيدها على ما مرَّ، وحكم جواب العبد عن ذلك بقبوله أو ردَّه بلفظ صريحٍ أو لفظٍ(3) محتمل(4)، فيسأل عما أراد به حكم جواب المرأة عنه كما تقدَّم.

وهل يبقى للعبد حكم الاختيار ما دام هو وسيده في المجلس الذي ملكه فيه العتق، فإذا افترقا منه لم يبق للعبد اختيار؟ أو يبقى له الاختيار(5)، وإن تفرقا(6) من مجلسهما، وطال ذلك حتى يجيب بِرَدٍ أو قبول؟ قولان كما في تمليك الطلاق أيضًا.

وكان حقُّ المصنف التنبيه على هذا فيقول: (وبقائه) إلَّا أن يقال: استغنى عنه بقوله: (وجَوَابِهِ)؛ لأنَّ زمان الجواب من لوازم وقوعه.

قال في العتق الأول من "المدونة": والقول فيمن ملك عبده أو أمته العتق؛ كالقول في تمليك الزوجة أن ذلك في يد المرأة والعبد ما لم يفترقا من المجلس، فإن

---

(1) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 144.

(2) في (ب): (للعبد).

(3) كلمتا (أو لفظ) يقابلهما في (ب): (ولفظ).

(4) في (ز): (يحتمل).

(5) عبارة (ما دام هو وسيده في... أو يبقى له الاختيار) ساقطة من (ز).

(6) في (ع2): (تفرق).

تفرقا أو طال المجلس بهما[1] حتى يرى أنهما قد تركا ذلك، أو خرجا من الذي كانا فيه إلى كلام غيره يعلم أنه تَرْكٌ لما[2] كانا فيه؛ بطل ما جعل في أيديهما من ذلك.

وهذا أول قول مالك، وبه أخذ ابن القاسم وعليه جماعة الناس، ثُمَّ رجع مالك فقال: ذلك لها، وإن قامت من المجلس إلَّا أن توقف، أوتتركه يطأها، أو يباشرها ونحوه؛ فيزول ما بيدها، وكذلك قال في العتق.اهـ[3].

واعلم أن جواب العبد عن تمليك العتق قد يخالف حكمه حكم جواب المرأة عن تمليك الطلاق، وانظر "المدونة"، وقد تقدَّم لنا شيء من ذلك عند قوله: (**وبِكَوَهَبْتُ لَكَ نَفْسَكَ**)[4].

وقوله: (**إلَّا لِأَجَلٍ**) هذه مسائل يفارق فيها حكم العتق حكم الطلاق استثناها من المسائل المشتركة، أو لإتيان العتق إلى أجل يصح، ولا[5] يلزم السيد عتق حتى ينقضي الأجل، وأمَّا الطلاق إلى أجل يحتمل عُمْر المطلق بلوغه أو عمر المرأة؛ فإنه لا ينتظر وينجز الطلاق في الحال.

قال في "المدونة": ومن أعتق إلى أجل آتٍ لا بد منه؛ مُنِعَ من البيع والوطء، وله أن ينتفع بغير ذلك إلى الأجل.اهـ[6].

وقال في العتق الثاني: وأمَّا مَنْ أعتق إلى أجل آت لا بد منه، كقوله لأمته: أنت حرة إلى شهر أو إلى سنة، أو إذا مات فلان أو إذا حضت؛ فهو ممنوع من البيع والوطء، وله أن ينتفع بغير ذلك حتى يحل الأجل، فتعتق[7].

وإنما أباح له أن ينتفع منه في الأجل بالخدمة؛ لأنَّه كالمستأجر، ولم يُبَح له

---

(1) في (ب): (بينهما).

(2) في (ب): (ما).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 222/2.

(4) انظر النص المحقق: 9/ 166.

(5) في (ز): (لا).

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 216/2.

(7) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 244/2 و245.

الوطء؛ لشبهه بنكاح المتعة.

قال ابن يونس: وخالف من حلف بالحرية ليفعلن، أو إن لم يفعل إلى أجل، فإنه يطأ؛ لأنَّه[1] يستطيع رفع العتق جملة بفعلِ ما حلف عليه، فيخرج من نكاح المتعة[2].

وقال في "المدونة" في الطلاق: وإن قال لها: إذا مات فلان فأنت طالق، أو طلَّق إلى أجل آت، أو قال لها: [أنت طالق][3] قبل موتك بشهر، أو قال لها -وهي حامل-: إذا وضعت فأنتِ طالق؛ لزمه الطلاق في ذلك كله مكانه.اهـ[4].

وظاهر قوله: (إلى آجل أت) أنه وإن كان لا يحتمل أن يبلغه[5] عُمْر أحدهما، وفي هذا خلاف وأكثرهم قَيَّده بالأجل الذي يحتمل أن يبلغه عمر أحد الزوجين.

وقوله: (**وأحدَكُمَا، فَلَهُ الاِخْتِيارُ**) هذه -أيضًا- من المسائل التي يفترق فيها[6] حكم العتق من حكم الطلاق عند ابن القاسم، فإذا قال السيد لعبدَيْه أو عبيده[7]: (أحدكما) / أو (أحدكم حر)، وفي بعض النسخ: (**وإِحْداكُمَا**) بألف بعد الدال، [ز:706/أ] ومعناه: أنه قال ذلك لأمتيه، وحكم العبد والأمة في ذلك واحدٌ، فإنِ ادَّعى أنه نوى واحدًا بعينه؛ صُدِّقَ، وإن لم تكن له نية[8]، فإنه يختار واحدًا ويعتقه، ويرق الباقي.

وإن قال الرجل: إحدى امرأتي أو إحدى نسائي طالق، فإن نوى واحدة؛ صُدِّقَ -أيضًا- وإن لم ينو شيئًا أو نوى ونسي، فقال ابن القاسم وغيره من المصريين: يطلقن[9]؛ تغليبًا للتحريم كاختلاط الميتة بغيرها، والقريبة بالأجنبية، وقال المدنيون فيما إذا لم ينو شيئًا: إنه يختار كالعتق، ولم يختلفوا أنه إذا نوى واحدة ونسي، أو نوى

(1) كلمتا (يطأ لأنه) يقابلهما في (ب): (لا).

(2) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا):5/ 353.

(3) كلمتا (أنت طالق) زيادة من تهذيب البراذعي.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 110.

(5) في (ز): (يفعله).

(6) كلمة (فيها) ساقطة من (ب).

(7) عبارة (لعبديه أو عبيده) يقابلها في (ع2): (لعبد له أو عبديه).

(8) في (ب): (بينة).

(9) كلمة (يطلقن) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

أحد العبيد ونسي؛ أنه يطلق الجميع، ويعتق الجميع، ذكره ابن يونس[1].

وتحصيله إنِ ادَّعى نية صدق فيهما، وهل مع يمين في الطلاق؟ قولان، وفي العتق بغير يمين.

وعن[2] أشهب في عبدين مات أحدهما وادَّعى أنه الذي نوى؛ صُدِّقَ بيمين، وإن نوى ونسي؛ طلق الجميع، وعتق الجميع، وإن لم تكن له نية؛ فثلاثة أقوال:

يطلق الجميع ويعتق الجميع، يختار في الطلاق وفي العتق، يختار في العتق دون الطلاق.

وذكر هذا الحكم في الطلاق في كتاب الأيمان بالطلاق من "المدونة"، وذكر حكم الطلاق والعتق معًا في العتق الأول منها، وقال: ومن حلف بطلاق إحدى[3] زوجتيه فحنث، أو قال: إحدى امرأتي طالق، فإن نوى واحدة؛ طُلِّقَت التي نوى خاصة، وصُدِّقَ[4].

زاد في الأيمان بالطلاق: في الفتوى والقضاء[5].

وإن لم تكن له نية، أو نوى واحدة فأنسيها؛ طلقن كلهن، وإن جحد فشهد عليه، كان كمن لا نية[6] له.

ومن قال: رأس من رقيقي حر، أو قال: أحدهم حر، ولم ينو واحدًا بعينه؛ فهو مخير في عتق من شاء منهم، بخلاف الطلاق، وهو كقوله: رأس منهم في السبيل أو المساكين، فهو مخير فيمن شاء، ولو كانا عبدين فنوى أحدهما عتق من[7] نوى، وصدق في نيته بلا يمين.

ولو قال هذا في صحته، ثُمَّ قال في مرضه: نويت هذا؛ صُدِّقَ وعتق من جميع

---

(1) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 144 و145.

(2) كلمة (وعن) زيادة انفردت بها (ز).

(3) في (ع2): (أحد).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 219.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 118.

(6) في (ب): (بينة).

(7) ما يقابل كلمتي (عتق من) بياض في (ز).

المال، إلَّا أن تكون قيمته أكثر من قيمة الآخر، فيكون الفضل في الثلث.

وقال غيره: بل جميعه خارج من رأس المال.اهـ[1].

ويتعلَّق بهذه المسألة فروع لا نطول بذكرها، وذكر ابن يونس منها جملة صالحة.

واختلفوا في وجه تفرقة المصريين بين الطلاق فلا يختار فيه، وبين العتق فيختار فيه حيث[2] لم ينو معينًا؛ فقال ابن المواز: لأنَّ العتق يتبعَّض ويجمع في أحدهم بالسهم، وليس ذلك في الطلاق[3].

قلتُ: يريد: كما لو أوصى بعتقِ ثلث عبيده، فإنهم يُقَوَّمون ويقرع بينهم فمَنْ[4] خرج سهمه[5] للعتق؛ عتق، ورُقَّ غيره حتى يستوفي ثلثهم، فلمَّا كان العتق يقبل تبعيض المعتقين في الوصايا، وإن كان الحق لجميعهم فكذلك[6] هنا، وقد علمت أن هذا الفرق حكمي.

ونقل عبد الحق في التحصيل عن بعضهم، وذكره صاحب "المناهج": أن العتق مقيس على البيع، والبيع جائز على اختيار عبد من عبيده، فكذا العتق والطلاق مقيس على النكاح، ولا يجوز أن ينكح امرأة يختارها[7] من نساءٍ معينات، فكذا الطلاق.

قلتُ: وتأمَّل معنى قوله: (مقيس) في العتق والطلاق، ولو قال: العتق من توابع البيع والطلاق من توابع النكاح فأعطى كل واحد حكم متبوعه لكان أَوْلى في التعبير.

وقال بعضهم: طلق الجميع؛ لأنَّ الفروج يحتاط لها.

قلتُ: وهذا لا يخلص؛ لأنَّ ملكية الحرية أَوْلى أن يحتاط لها؛ لأنَّ الرق من باب إتلاف النفس والعتق إيجادٌ لها، ولهذا قال ﷺ: «**لَنْ يَجْزِيَ وَلَـدٌ وَالِـدًا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَه**

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 219 و220.

(2) كلمة (حيث) ساقطة من (ب).

(3) قول ابن المواز بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 355/5.

(4) في (ز): (إن).

(5) في (ب): (سهم).

(6) في (ز): (وكذلك).

(7) كلمة (يختارها) يقابلها في (ز): (على يختارها).

فَيُعْتِقَهُ»(1)، فجعل ﷺ السبب في العتق كالسبب في الإيجاد.

وقد علمت أن الضروريات الخمس التي رُوعيت في كل ملة حفظ النفس منها مُقَدَّم على حفظ النسل الذي من أجله حَرُم الزنا.

وذكر الشيخ شهاب الدِّين القرافي رَحِمَهُ اللَّهُ فرقًا دقيقًا مستحسنًا بناه على الفرق بين قاعدة ثبوت الحكم في المشترك، والنهي عن المشترك.

وحاصله أن(2) المشترك أمر كلي ذو أفراد، فإذا أثبت حكم له كفى في / ذلك [ز:706ب] إسناد الحكم(3) إلى فرد منه كالمطلق(4)، كما لو قال: أعتق رقبة، فإنَّ بواحدة يخرج من العهدة، وإذا نفى الحكم عنه لا يخرج من العهدة إلَّا بنفيه عن جميع الأفراد، كما لو قال: لا(5) تعتق رقبة؛ لأنَّ نفي الأعم يستلزم نفي الأخص، والأمر كالثبوت، والنهي كالنفي.

ولما كان الطلاق تحريمًا للوطء كان من باب النهي عن وطء واحدة لا بعينها من نسوة، والواحد لا بعينه من أمر كلي لصدقه على متعدد، وهو كل واحد من المعينات فلا يمتثل(6) إلَّا بترك وطء الجميع؛ لأنَّ الواحد لا بعينه في ضِمْن كل معينة، ولمَّا كان العتق قربة كان من باب الأمر؛ لأنَّه مطلوب الفعل، فإذا تعلَّق بكُلي كفى في الامتثال الإتيان بواحد منه. انتهى باختصار وتلخيص وتحقيق لما قصد رَحِمَهُ اللَّهُ من التقرير(7).

---

(1) رواه مسلم في باب فضل عتق الوالد، من كتاب العتق، في صحيحه: 1148/2، برقم (1510).
وأبو داود في باب بر الوالدين، من كتاب الأدب، في سننه: 335/4، برقم (5137) كلاهما عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(2) عبارة (وحاصله أن) يقابلها في (ز): (وأن).

(3) كلمة (الحكم) ساقطة من (ز).

(4) كلمة (كالمطلق) زيادة انفردت بها (ز).

(5) كلمة (لا) ساقطة من (ز).

(6) ما يقابل كلمة (يمتثل) بياض في (ز).

(7) انظر: الفروق، للقرافي: 159/1.

ثُمَّ هو غير ملخص[1]؛ لأنَّه كما أن[2] في الطلاق نهيًا عن الوطء كذلك في العتق نهى عن الملك فاستوى البابان بهذا الاعتبار.

فإن قلتَ: إنه قرَّر في هذا الأصل[3] أنَّ المعتبر في هذا النوع من الأمرِ والنهي ما دلَّ عليهما بالمطابقة لا بالالتزام فيهما[4].

قلتُ: وهذا مما أوجب في كلامه تناقضًا، فإن دلالة الطلاق على تحريم الوطء بالالتزام لا بالمطابقة، ودلالة المطابقة في البابين الأمر بالطلاق والأمر بالعتق وهي بالالتزام فيهما، فتتقابل الدلالتان أعني: دلالة الأمر والنهي فيهما؛ أي: في الطلاق والعتق، فينبغي استواء الحكمين كما يقول المدنيون.

فإن قلتَ: إنما جُعِلَ النهي في باب الطلاق عن الطلاق نفسه لا عن تحريم الوطء، ولذا استدلَّ بقوله ﷺ: «أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ»[5]، والعتق لم يُنه عنه؛ بل أُمِرَ به.

قلتُ: بل قال في القاعدة الثانية ممَّا بنى عليه حكم الطلاق في هذه المسألة: إن الطلاق تحريم؛ لأنَّه رافع لموجب النكاح وهو الإباحة، ورافع الإباحة تحريم.

ثُمَّ قال في مسألة العتق: فإنه -يعني: الطلاق- تحريم لما تقدَّم، ولقوله عليه السلام: «**أَبْغَضُ الْمُبَاحِ إِلَى اللهِ الطَّلَاقُ**»، والبغضة إنما تصدق مع النهي دون الأمر.اهـ[6].

وما ذكره من أن البغضة تستلزم النهي ممنوعٌ فإن الله -جل جلاله على ما ورد-

---

(1) في (ز): (مخلص).

(2) كلمة (أن) زيادة انفردت بها (ب).

(3) في (ز): (الفصل).

(4) كلمة (فيهما) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

(5) عبارة (عن الطلاق نفسه... الطلاق) ساقطة من (ز).

والحديث ضعيف، رواه أبو داود في باب كراهية الطلاق، من كتاب الطلاق، في سننه: 255/2، برقم (2178).

وابن ماجة في كتاب الطلاق، في سننه: 650/1، برقم (2018) كلاهما عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وهذا لفظ أبي داود.

(6) انظر: الفروق، للقرافي: 159/1.

ما خلق خلقًا أبغض إليه من الدنيا، وأنه منذ خلقها ما نظر إليها، والدنيا مشتملة على المحرمات والمباحات، وفي بسط هذا طول.

وأيضًا فقوله ﷺ: «**أَبْغَضُ الْمُبَاحِ**» يدل على أن البغضة تكون في المباح، فإن أبغض أفعل تفضيل، ولا يكون إلَّا بغضًا[1] مما أضيف إليه مع قصدِ التفضيل على ما تقرر في النحو فإن بغض[2] المباح مباح.

وقد أخبر عن هذا الأبغض بأنه الطلاق، والمبتدأ هو الخبر، فالطلاق كله مباح إن كان هذا الخبر مساويًا للمبتدأ حتى تنعكس القضية كنفسها، وإن كان أعم فبُغْض الطلاق مباح؛ لأنَّ قوله ﷺ: «**أَبْغَضُ الْمُبَاحِ إِلَى اللهِ الطَّلَاقُ**»، قضية مهملة تحتمل الكلية والجزئية، وعلى كل تقدير فعكس الموجبة جزئية.

وإذا ثبت أن بغض الطلاق مباح ثَبَتَ أن[3] كله كذلك؛ إذ لا قائل بالفضل.

سلَّمنا أن البغضة تستلزم النهي لكن نهي كراهة؛ ترغيبًا في دوام الألفة المطلوبة شرعًا لا نهي تحريم؛ لأنَّ الطلاق ملك للزوج إجماعًا، والملك لازمه إباحة التصرف إلَّا بدليل يمنعه والأصل عدمه؛ سلَّمنا أنه للتحريم؛ لكنه إنما يدل على أن الطلاق حرام في نفسه لا أنه يوجِب تحريم غيره الذي هو الوطء، ولا يتم دليله إلَّا بأن يكون أبغض يدل على تحريم الوطء ليكون نهيًّا عنه.

لا يقال: تحريم الوطء لازم الطلاق؛ لأنا نقول: المعتبر عنده في هذه[4] الدلالة دلالة المطابقة (كما)[5] لا دلالة (إلَّا)[6] الالتزام على أن قوله: الأحكام إنما تنسب لما يقتضي اللفظ مطابقة لا التزامًا منقوض بدلالة الاقتضاء والإشارة والإيماء، والمفهوم وغير ذلك مما لا يعد كثرة في أصول الأحكام الشرعية.

---

(1) عبارة (وأيضا فقوله... إلا بغضا) ساقطة من (ع2).

(2) كلمتا (فإن بغض) يقابلهما في (ز) و(ب): (فأبغض) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) كلمة (أن) ساقطة من (ز).

(4) عبارة (يكون أبغض... المعتبر عنده في هذه) ساقطة من (ز).

(5) ما يقابل كلمة (كما) بياض في (ع2).

(6) كلمة (إلا) ساقطة من (ز).

وقوله: (العتق قربة فيكون مأمورًا به) إن عنى بالعتق القربة هو ما ينشأ على سبيل التعيين وعدم الإبهام والتعليق؛ فمُسَلَّم، وإن عنى بلفظ يوقِع في الإلباس مثل الذي في هذه المسألة، ومثل الذي يحلف به؛ فلا نُسَلِّمُ أنه قربة، وفي الحديث: «**الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ مِنْ أَيْمَانِ الْفُسَّاقِ**»[1] فقد صحَّ أن من العتق ما هو منهي عنه.

وفي كلامه رَحِمَهُ اللَّهُ أبحاث يطول تتبعها، وليس هذا التأليف / كما علمت محل التعرض لذلك؛ لأنَّه من فن آخر. [ز:707/أ]

وللإمام العلامة الشهير أبي موسى عيسى بن محمد بن الإمام أحد أشياخ أشياخنا التلمسانيين -رضي الله عن جميعهم معه- في هذه المسألة[2] وفيما[3] بناه على قاعدة الفرق بين النية المذكورة والمخصصة من أن الحالف (لا لبست ثوبًا) ونوى ثوب كتان؛ أن نيته لا تنفعه حتى يتعرَّض لإخراج غير الكتان عند اليمين، وأمَّا إن كان غافلًا حال اليمين عن[4] غير الكتان لم يتعرَّض له بنفي ولا إثبات؛ فإنه يحنث بلبسه، كما يحنث بالكتان.

وقال: إن من أفتى بأنه[5] لا يحنث بغير الكتان مع الغفلة عن إخراجه من اليمين فمخطئ، أبحاث في المسألتين دقيقة جليلة كثيرة النفع في نحو عشر أوراق من الورق المتوسطة.

وقال الإمام أبو موسى المذكور: الذي يمكن أن يُفَرَّق به بين مسألة الطلاق والعتق أن قوله: (أحد عبيدي) فيه[6] إضافة العتق إلى القدر المشترك بينهم، فيقتضي المساواة بينهم فيه؛ لعدم الأولوية، والأصل حينئذٍ أن يلزمه عتق نسبة الواحد إلى

(1) ذكره السخاوي في المقاصد الحسنة، ص: 437، برقم (655)، وقال: ولم أقف عليه، وأظنه مدرجًا، فأوله وارد دونه، والعجلوني في كشف الخفاء: 45/2، برقم (160).

(2) كلمة (المسألة) زيادة انفردت بها (ز).

(3) في (ز): (وفي).

(4) كلمة (عن) ساقطة من (ع2).

(5) في (ب): (أنه).

(6) كلمة (فيه) ساقطة من (ز).

جميعهم من كلٍّ واحد، فمن الاثنين نصف كل واحد، ومن الثلاثة ثلث كل واحد وعلى هذا؛ لأنَّ اللازم إمَّا عتق واحد معين وهو تحكم، أو يخير السيد وهو كذلك أيضًا؛ لتساوي نسبة أحد إلى الجميع، أو يعتق منهم بالنسبة وهو المطلوب، لكن لمَّا ورد الشرع بالقرعة في المبتلين في المرض أو الموصى بعتقهم على الخلاف فيه؛ سهل جمعِ الأجزاء في البعض؛ لدفعِ ضرر الشركة عن الورثة حتى قيل: لو رضوه عتق من كلٍّ منهم بالحصص.

ولذا ضَعُفَ القول بالمحاصة في مسألتنا إذا مات السيد، ولم يختر؛ بل الأظهر القول بانتقال الخيار للورثة أو السهم.

وأمَّا الصحيح يبتل عتق عبيده وعليه دين لا يغترقهم فيُباع من جميعهم مقدار الدَّين بالحصص على الأصل في استعمال النسبة، ولأنَّ القرعة يقتصر بها على ما ورد في السُّنة[1]؛ كان الأصل في قوله: (أحد عبيدي) النسبة لكن ذلك ضرر بالمعتق مع أنه لم يلتزم عتق الحصة[2]؛ بل عَتَق أحدهم، وصَرْف العتق عن بعضهم بتخيير السيد ضَرَر بذلك البعض، فارتكب هذا الضرر؛ لأنَّه أخف من ضرر السيد.

وإنما كان أخف لأنَّه ليس صَرْفًا عن مُعَين؛ لأنَّ (أحد) قدر مشترك بين جميعهم فكل يمكن اختياره، ولأنَّ جميع الأجزاء في واحدٍ وَرَدَت به السُّنة على الجملة، فيتخير[3] ضرر الصرف عن البعض بالجميع في الآخر، ولأَنَّ المعتق هو الذي أجمل فيكون البيان إليه فيختار أحدهم[4].

وإذا ثبت أن الأصل في هذا الباب إنما هو النسبة وعدل عنها في العتق لما ذكر، بقي الطلاق على الأصل؛ فيلزمه أن يطلق مِنْ كُلِّ واحدةٍ بنسبة الواحدة إلى جميعهن.

وإذا ثبت بعض الطلاق في كل واحدة لزمه تكميله في الجميع. انتهى مختصرًا[5]

---

(1) في (ز): (النسبة).

(2) في (ز): (الصحة).

(3) ما يقابل كلمة (فيتخير) بياض في (ز).

(4) في (ع2): (واحدهم).

(5) كلمة (مختصرًا) زيادة انفردت بها (ع2).

ملخصًا محررًا.

وحاصله إيضاح ما أجمل ابن المواز من الفرق، وفيه أبحاث يطول ذكرها.

وقوله: (وإِنْ حَمَلَتِ، فَلَهُ وَطْؤُها فِي كُلِّ طُهْرٍ مَرَّةً) هذه آخر المسائل التي فارق فيها العتق الطلاق على مذهب "المدونة" حسبما استثنى المصنف، فإذا قال لأمته: (إن حملت فأنت حرة)؛ كان له أن يطأها[1] في كل طهر مرة، ثُمَّ يوقَف عن وطئها؛ لاحتمال أن تكون حملت، فإن حاضت بعد الوطء تبيَّن نفي الحمل فيُمَكَّن من وطئها في الطهر الذي بعده، وليس هذا حكم الطلاق.

فإن قال لزوجته: إن حملتِ فأنت طالق فإنه يُمَكَّن من وطئها مرةً واحدة، ثُمَّ تطلق حينئذ؛ لاحتمال أن تكون حَمَلت.

ومشهور المذهب في مثل هذا وجوب الطلاق بالشك.

وقال ابن الماجشون: يُمَكَّن من الوطء مرةً في كل طهر كالعتق، وقال أشهب: لا شيء عليه حتى يكون ما شَرَط.

والفرق لابن القاسم بين الحرة والأمة إجماعهم أنَّ الطلاق لا يجوز إلى أجل، ويجوز العتق إلى أجل عند مالك وأصحابه، والبحث في هذه كما في التي قبلها.

ووجه قول أشهب؛ أن الأجل الذي ينافي الطلاق هو المحقَّق إتيانه، وأمَّا ما يحتمل أن يكون أو لا فلا يقع الطلاق حتى يَقَعَ.

ووجه قول عبد الملك أنه ليس كل وطء يكون الحمل منه[2].

ونص مسألة العتق[3] في العتق الثاني من "المدونة": ومن قال لأمة يطؤها: إذا حملت فأنت حرة؛ فله وطؤها في / كل طهر مرة[4]. [ز:707ب]

ونص مسألة الطلاق منها في الأيمان بالطلاق: وإن قال لها: إذا حملت فأنت

---

(1) عبارة (فِي كُلِّ... كان له أن يطأها) ساقطة من (ع2).

(2) من قوله: (ومشهور المذهب في) إلى قوله: (يكون الحمل منه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 134/5 و135.

(3) ما يقابل كلمة (العتق) غير قطعي القراءة في (ب).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2 /245.

طالق؛ لم يمنع من وطئها مرة واحدة، ثُمَّ تطلق حينئذ.اهـ[1].

واللام في قوله: (إِلَّا لِأَجَلٍ) الظاهر أنها بمعنى (في) ذكر ذلك في "التسهيل" من معانيها[2].

وتقدير كلامه: (العتق كالطلاق في كذا إلَّا في الأجل، وفي إحداكما[3]، وفي إن حملت).

ولا أدري لِمَ فعل هذا المصنف من اقتصاره على التنبيه على اشتراكهما في بعض الأحكام، وافتراقهما في بعضها مع أن ما قبل[4] هذا الكلام وما بعده مشتمل على ما يشتركان فيه، وما يفترقان؛ ألا ترى أن قوله قبل: (وإِنْ فِي هَذا الْيَوْمِ) و(بِكاسْقِنِي أَوِ اذْهَبْ، أَوِ اعْزُبْ بِالنِّيَّةِ) من المشترك، وكذا المسألتين بعد هذه المسألة فكان حقُّه أن يجمع ذلك كله ونحوه فيما قبل (إلَّا)، وقوله: (وبِلا مِلْكَ أَوْ سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ) مما يفترقان فيه فكان حقُّه أن يذكره فيما بعد (إلَّا).

فإن قلتَ: ولعلَّ الاستثناء إنما قُصِدَ به إخراج الأجل خاصة وما بعده من المسائل مستقلة بأنفسها.

قلتُ: يحتمل[5] ذلك إلَّا أنه لمَّا كانت المسألتان بعد مسألةِ الأجل مما يفترقان فيه أَوْهم ذكره إياهما بعد الأجل قصد الاستثناء فيهما، وأيضًا تخصيصه الأجل بإفادة الحكم فيه بصيغة الاستثناء دون غيره مما يفترقان فيه ترجيح من غير مرجح ولو قال: (وصح لأجل) فيشمل[6] جميع المسائل لكان أرفع للشغب.

فإن قلتَ: هل يحتمل رجوع قوله: (إِلَّا لِأَجَلٍ) التمليك خاصة أي أن تمليك العتق كتمليك الطلاق إلَّا إذا كان تمليك العتق مُعَلَّقًا على أجل آت لا بد منه، كما إذا قال: (إذا جاء شهر فأمرك بيدك في الحرية) فإنه لا يكون ذلك إلَّا بعد الشهر.

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 109.

(2) انظر: تسهيل الفوائد، لابن مالك، ص: 145.

(3) في (ز): (أحدكما).

(4) كلمتا (ما قبل) ساقطتان من (ب).

(5) في (ع2) و(ب): (محتمل).

(6) في (ع2) و(ب): (فيستقل).

وإذا قال لامرأته[1]: إذا جاء شهر فأمرك بيدك، أو أمرك[2] بيدك إلى شهر، فإنها توقَف الآن فأمَّا إن تقضي أو ترد، وجاز ذلك في العتق؛ لجوازه إلى أجل، ولم يجز في الطلاق؛ لامتناعه إلى أجل.

قال في التخيير والتمليك من "المدونة" وإن قال لها: إذا جاء غد فقد خيَّرتك، وقفت الآن فتقضي أو ترد[3].

وقال أيضًا: وإن ملكها إلى أجل فلها أن تقضي مكانها[4].

قلتُ: هذا فقه صحيح، وإن كنت لم أقف عليه منصوصًا في مسألة العتق إلَّا أن الأصول كما ذكر السائل تدل عليه بلا شك، لكن يبعد قصد المصنف له تأخير الاستثناء عن قوله: (كَالطَّلاقِ) فإن ذلك يوهِم رجوعه إلى مسائل الطلاق[5] من حيث الجملة.

ولو قَصَد ما ذَكَر السائل لأخَّر قوله: (كالطَّلاقِ) وأولى إلَّا لفظة: (العَبْد) أو لفظة: (جَوابِهِ).

وأيضًا لو قَصَدَ هذا لفاته إفادة الحكم في العتق إلى أجل الذي هو أصل لهذا الحكم، وعلى الوجه الأول يكون أفاد أنَّ الحكم في العتق إلى أجل، وفي تمليك العتق إلى أجل مفارق لحكم الطلاق فيهما.

وإِنْ جَعَلَ[6] عِتْقَهُ لاثْنَيْنِ لَمْ يَسْتَقِلَّ أَحَدُهُما إنْ لَمْ يَكونا رَسولَيْنِ

يعني: إن جَعَل عِتْق عبد بيد رجلين فإن كان ذلك على سبيل الوكالة والتفويض إليهما في ذلك؛ لم يستقل أحدهما بالعتق دون الآخر، فمَن أعتق منهما لم[7] ينفذ عتقه

(1) في (ز): (للمرأة).

(2) كلمتا (أو أمرك) يقابلهما في (ب): (وأمرك).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 90/2.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 97/2.

(5) كلمة (الطلاق) ساقطة من (ز).

(6) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (وإِنْ فَوَّضَ).

(7) في (ز): (ما).

حتى يجتمع مع صاحبه على ذلك، وإن كان ما جعل لهما من ذلك بمعنى الرسالة والتبليغ عنه[1] إلى العبد أنه أعتقه فمَنْ أخبره بذلك منهما أجزأ، ونفذ العتق.

ونصُّها في العتق الأول من "المدونة": ومن أمر رجلين بعتق عبده، فأعتقه أحدهما، فإِنْ فوض ذلك إليهما؛ لم[2] يعتق العبد حتى يجتمعا، وإن جعلهما رسولين؛ عتق عليه بذلك، وكذلك إِنْ أَمَرَ رجلين يطلقان عليه زوجته، الجواب واحد.

وقال أشهب وغيره: وكذلك لو ملَّك أمته مع أجنبي عتْقَها، فلا تعتق حتى يجتمعا على[3] العتق؛ لأن إلى كل واحد منهما ما إلى صاحبه، فإن وطئها انتقض الأمر الذي جُعِلَ لهما.اهـ[4].

قلتُ: وفي التحقيق إن كانا رسولين فالعتق لا يتوقف على تبليغهما؛ بل هو واقع حين أوقعه السيد نبَّه على ذلك في "المدونة" في الأيمان بالطلاق فقال: ومَنْ قال لرجل: أخبر زوجتي بطلاقها، أو أرسل/ إليها بذلك رسولًا؛ وَقَعَ الطلاق حين قوله للرسول: (بَلِّغْها) بَلَّغَها الرسول ذلك أو كتمها[5]. [ز:708/أ]

وإِنْ قالَ: «إنْ دَخَلْتُما» فَدَخَلَتْ وَاحِدَةٌ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ فِيهِما

يعني: إن قال لأمتيه: إن دخلتما دار فلان أو هذه الدار، فدخلتها واحدة منهما؛ لم يقع عليه عتق لا في الداخلة ولا في غيرها.

فضمير (دَخَلْتُما) و(فِيهِما) يعود على الأمتين المفهومتين من السياق.

ويحتمل أن يريد بكلٍّ من الضميرَيْن الحرتين في الطلاق والأمتين في العتق؛ لأنَّ الحكم عند ابن القاسم واحدٌ لكن يبعده تخصيصه حكم العتق في التي قبلها مع أن

---

(1) كلمة (عنه) ساقطة من (ب).

(2) في (ز): (ما).

(3) في (ب): (إلى).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 227.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 121.

حكمها كالطلاق.

وكان حق المصنف أن يذكر مع هذه المسألة عكسها كما فعل في "المدونة" قال: ومن قال لأمته[1]: إن دخلت هاتين الدارين فأنت حرة، فدخلت إحداهما؛ فهي حرة، وإن قال لأمتيه: إن دخلتما هذه الدار فأنتما حرتان، أو لزوجتيه فأنتما طالقتان، فدخلتها واحدة منهما؛ فلا شيء عليه حتى يدخلا جميعًا.

وقال أشهب: تعتق الداخلة فقط.اهـ[2].

وجوابه في الأول بناء على أن الحنث يقع بأقلِّ ما شمل اللفظ كبعض الرغيف، وعلى أنه لا يحنث إلَّا بأكله[3] ينبغي ألا يحنث، وخالف ابن القاسم هذا الأصل في الثانية.

قال ابن يونس: وروي عنه أنه يحنث فيها بدخول إحداهما على أصله.

قال: ووجه قوله[4] بعدم الحنث؛ لأنَّه[5] إنما كَرِهَ اجتماعهما فيها لوجهٍ ما، وعلى هذا وَقَعَت يمينه فلا شيء عليه بدخول الواحدة.

واعترض بأنه كان يلزم ألا يحنث إذا دَخَلَتا على التعاقب مع أنه لا يقول به.

وأجيب بأنه حُمِلَ قصده على أن لا يجتمعا في مطلق الدخول لا على اجتماعهما[6] فيه في وقت واحد.

وزاد في الأمهات في قول أشهب ولا قول لمن قال: لا يعتقان إلَّا بدخولهما جميعًا، ولا لمن قال: يعتقان جميعًا بدخول واحدة.

ووجه قوله: أنه رأى أن قصدَه الحالف أن لا تدخل كل منهما؛ لكنه أجملهما في يمين[7].

---

(1) في (ع2): (لأمتيه).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 220.

(3) في (ز): (كله).

(4) كلمة (قوله) يقابلها في (ز): (قول مالك).

(5) في (ز): (كأنه).

(6) في (ز): (اجتماعه).

(7) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 364/5.

وعَتَقَ بِنَفْسِ المِلْكِ الأَبَوانِ وإِنْ عَلَوا، والوَلَدُ وإِنْ سَفُلَ؛ كَبِنْتٍ وأَخٍ وأُخْتٍ مُطْلَقًا، وإِنْ بِهِبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ إِنْ عَلِمَ المُعْطِي ولَوْ لَمْ يَقْبَلْ، ووَلاؤُهُ لَهُ

يعني أنَّ مَنْ ملك بعض أقاربه الذين ذكرهم هُنا؛ عتق عليه بنفس ملكه إياه، وهم أحد عمودي النسب الأب والأم، وهما المراد بقوله: (**الأَبَوانِ**) وآباؤهما ما علوا وأمهاتهما ما علون، وإلى آباء الأباء وأمهات الأمهات ما علوا أشار بقوله: (**وإِنْ عَلَوَا**)؛ أي: الأب والأم فالفعل مسند إلى ضمير المثنى، وهو ضمير الأبوين والواو مفتوحة.

ويحتمل أن يكون مسندًا إلى ضمير الجمع؛ لأنَّ المراد بالأبوين الجنس، والواو ساكنة، وذكر الضمير في الوجهين؛ للتغليب كما غلَّب الأب على الأم في التثنية فقال: (**الأَبَوانِ**).

والعمود الثاني: (**الوَلَد**) يعني: للصلب، وظاهره أنه أراد الذَّكر؛ لقوله: (**كَبِنْت**)، وولد الولد الذكر ما سفل، وإليه أشار بقوله: (**وإِنْ سَفُلَ**)، وسواء كان ولد الولد الذكر؛ ذكرًا أو أنثى إذا كانت تدلي ببنوة الذكر.

وقوله: (**كَبِنْت**) أي: كما يجب عتق بنت الصلب على أبيها إن ملكها، وظاهر هذا أنه لا يجب عتق أولاد البنت إن سفلوا على جدهم لأمهم؛ إذ لو لم يقصد ذلك لقال: وإن سفلت كما قال في الولد، أو كان يقتصر على ذكرِ الولد، فإنه يتناول الذَّكر والأنثى؛ لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النساء:11].

ثُمَّ قوله: (**وإِنْ سَفُلَ**) أي: الولد يتناول -أيضًا- ولد الذكر وولد الأنثى، ولمَّا لم يقتصر على اللفظ الشامل، وزاد قوله: (**كَبِنْت**) دلَّ على أنه أراد بالولد الذكر كما قلنا.

وكان الأَوْلى به[1] إذا قَصَد هذا المعنى أن يقول: (والابن وإن سفل)، فإنه لا يتناول إلَّا الذكر، ولا أدري ما الذي حَمَله على هذا مع أن الفقه أن ولد الولد الذكر والأنثى سواء حتى قال ابن عبد السلام: إنه لا يعلم خلافًا في ذلك بين فقهاء الأمصار.

---

(1) كلمة (به) زيادة انفردت بها (ز).

وقال -أيضًا-: إن[1] المذهب هنا دخول أولاد البنات بخلاف الحبس على الأولاد والوصية لهم فإنهم لا يدخلون[2].

ولعلَّ الذي أوقعه في هذا لفظ ابن يونس، فإنه حين نقل لفظ "المدونة" قال: ومن "المدونة" ابن القاسم عن مالك: والقضاء أن لا يعتق على الرجل من أقاربه / إلَّا الولد ذكورهم وإناثهم، وولد الولد، وإن سفلوا. [ز:708ب]

وقال أشهب عن مالك في "العتبية": ولد الذكر والإناث.اهـ[3].

فتوهَّم المصنف أن قولَ أشهب خلاف لقول ابن القاسم[4]، وليس كذلك فإنَّ لفظ ابن القاسم كما ترى يتناول ولد الذكر والأنثى، وإنما قول أشهب نصَّ على سبيل الخصوص، وقول ابن القاسم بالعموم.

وأيضًا فإن ابن القاسم إنما قال[5] ذلك عن مالك، وأتى بلفظ العموم، واختصارًا لقوله، ونقله عنه ابن المواز مفسَّرًا، قال في "النوادر": ومن كتاب ابن المواز قال مالك: يعتق على الرجل مِنْ أقاربه إذا ملكه الأب، والأم، والجدود والجدات من الآباء والأمهات، وأم أب الأب، ومن فوقهم من الجدود والجدات، ويعتق[6] البنون والبنات وأبناؤهم، وإن بعدوا.

قال عنه أشهب فيه وفي "العتبية": ويعتق عليه ولد البنات.اهـ[7].

فأنت ترى قوله: (وأبناؤهم) بعد ذكر البنات فإنه شامل لأولادهن.

والأصل في منع استرقاق الأبوين؛ أمرُه تعالى بالإحسان إليهما في قوله: ﴿وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾ [الإسراء:23]، ونهيه عن إذايتهما في قوله: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾

---

(1) كلمة (إن) ساقطة من (ب).

(2) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 419/14.

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 426/5.

(4) عبارة (لقول ابن القاسم) يقابلها في (ع2): (لابن القاسم).

(5) في (ز): (نقل).

(6) كلمة (ويعتق) ساقطة من (ز).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12 /383، وما نسبه للعتبية فهو في البيان والتحصيل، لابن رشد: 480/14.

[الإسراء:23]، وفي استرقاقهما إذلال لهما وامتهان فهو أعظم من التأفيف المنهي عنه، فينهى عنه؛ لأَنَّ ما زاد على التأفيف من إذايتهما داخل في حكمه بمقتضى مفهوم الموافقة والاسترقاق، وأيضًا ضد الإحسان إليهما المأمور به[1] فينهى عنه بناء على أن الأمرَ بالشيء نهيٌ عن ضده، أو يستلزمه.

والأصل في منع استرقاق الولد؛ قوله تعالى: ﴿أَن دَعَوْا لِلرَّحْمَٰنِ وَلَدًا﴾ إلى قوله: ﴿إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحْمَٰنِ عَبْدًا﴾الآيات [مريم:91-93] أي: فلو كان له ولد لأتاه عبدًا والولد لا يكون عبدًا.

وفي هذا الاستدلال نظر منطقي يمنع من تقريره الخروج عن المقصود، وضعَّفه اللخمي[2] وغيره، وقال تعالى: ﴿وَقَالُوا ٱتَّخَذَ ٱلرَّحْمَٰنُ وَلَدًا ۗ سُبْحَٰنَهُۥ ۚ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾ [الأنبياء:26] فدلَّ على[3] أن الولد لا يكون عبدًا.

والجد للأب وللأم كالأب؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ [النساء:22]، والجدات لهما كالأم؛ لتحريمهن كالأم.

وقوله: (وأَخ، وأُخْتٍ مُطْلَقًا) يعني بالإطلاق: سواء كانا شقيقين أو لأب أو لأم.

وإنما عتق الأخوة؛ لقرب ولادتهم من أخوتهم المالكين لهم، ولقوله تعالى حكاية عن موسى عليه السلام: ﴿إِنِّي لَآ أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي﴾ [المائدة:25]، وكما لا يملك نفسه لا يملك أخاه، ولأَنَّ الإخوة كالأولاد في حجبِ الأم عن الثلث إلى السدس، وقسمتهم الميراث كالأولاد فأجروا مجراهم في العتق.

واقتصاره على الأخ والأخت دون بنيهم هو المشهور، فلا يعتق بنو الأخوة على أعمامهم إن ملكوهم ولا غيرهم من الأقارب الذين لم يذكرهم[4].

قال اللخمي: وذَكَر ابن القصار عن مالك: يعتق كل ذي رحم محرم، وهو قول الليث وعبد العزيز وابن وهب وأصحاب الرأي.

---

(1) عبارة (فينهى عنه... إليهما المأمور به) زيادة انفردت بها (ز).

(2) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3812/7.

(3) كلمة (على) زيادة انفردت بها (ب).

(4) في (ب): (يذكروهم).

وذكر ابن خويز منداد عن مالك لا يعتق الأخوة فمَنْ بعدهم، وهو قول الشافعي، وهذا قوله في المكاتب إن اشترى أباه بإِذْن سيده دخل في كتابته، وإن اشترى أخاه لم يدخل.اهـ[1].

قيل: وفي هذا الاستقراء الذي استقرأه اللخمي من المكاتب نَظَر، ويستدل لما حكى ابن القصار بما في النسائي عن ابن عمر رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ عَتَقَ عليه»[2].

وفيه وفي الترمذي عن سمرة أنه ﷺ قال: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ»[3].

وهذا الذي ذكر المصنف كله منصوص في العتق الثاني من "المدونة"، وفي غيرها إلَّا ما نبَّهنا عليه من تخصيصه بنت الصلب دون أولادها ما سفلوا فإنه ليس[4] بصحيح.

وقوله: (بِنَفْسِ المِلْكِ) يقتضي أن عتقَ القريب بسبب الملك لا يفتقر إلى حكم حاكم، ويدل عليه -أيضًا- من كلامه قوله بعد: (وبِالحُكْمِ).

قال اللخمي: وقاله ابن القاسم وأشهب، ونقل عن كتاب محمد ما يؤخذ منه لمالك قولان.

قلتُ: وما أخذ من[5] القول بأنه مفتقر إلى الحكم هو قوله: إن أوصى أن يشترى

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3811/7.

(2) كلمة (عليه) زيادة انفردت بها (ز).

والحديث رواه النسائي في باب من ملك ذا رحم محرم، من كتاب العتق، في سننه الكبرى: 13/5، برقم (4877).

والبيهقي في باب من يعتق بالملك، من كتاب العتق، في سننه الكبرى: 489/10، برقم (21419) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(3) صحيح، رواه أبو داود في باب فيمن ملك ذا رحم محرم، من كتاب العتق، في سننه: 26/4، برقم (3949).

والترمذي في باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم، من أبواب الأحكام، في سننه: 638/3، برقم (1365) كلاهما عن سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(4) كلمة (ليس) ساقطة من (ز).

(5) في (ز): (منه).

مَنْ يعتق عليه بالقرابة لا يكون حرًّا حتى يعتق، وفي الأخذ من هذا نظر.

واستحسن هو عدم افتقار الأبوين والولد إلى حكم؛ للإجماع على لزوم عتقهم دون الإخوة فمن بعدهم فيفتقر للخلاف في عتقهم، قال: وعلى الافتقار هل ينتزع ماله؟ أو لا؟ قولان(1).

وقوله: (وإِنْ بِهِبَةٍ...) إلى آخره؛ أي: إِنَّ ملك القريب يوجِب عتقه على مالكه بأيِّ وجه حصل له / ملكه، وإن حصل بهبة أو صدقة أو وصية لكن بشرط أن يعلم [ز:709/أ] المعطي الذي هو الواهب أو المتصدق أو الموصي(2) أن العبد الذي أعطى على أحد الوجوه الثلاثة هو ممن(3) يعتق على المعطى له(4) بالقرابة، فإن المعطي إن علم ذلك؛ عتق العبد على المعطي هو له، ولو لم يقبل ذلك المعطى له؛ لأنَّ المعطي لمَّا علم ذلك كأنه رضي بعتق مَنْ أعطى؛ إذ لم يعطه(5) إلَّا للعتق، ويكون ولاء ذلك المعتق لقريبه الذي لم يقبله؛ لأنَّه عليه عتق.

وفاعل (يَقْبَل) ضمير يعود على المعطى له الذي حَصَل له الملك، وهو مفهوم من السياق وعليه يعود(6) ضمير (لَهُ)؛ لأنَّه أقرب إلى(7) فاعل (يَقْبَل)، ومفهوم الشرط في قوله: (إِنْ عَلِمَ) يقتضي أن المعطي إن لم يَعْلم بأنه يعتق على المعطى له، فإنه لا يعتق إلَّا إذا قبله المعطى له.

وإتيانه بـ(لَوْ) في قوله: (ولَوْ لَمْ) يدل على خلاف في المسألة وهو كذلك، وهو إغياء؛ لعلم المعطي، والظاهر أن (بِهِبَة) يتعلَّق بـ(حصل) كما قررناه، ويجوز تعلقه بقوله: (المِلْكِ)، وفيه ضعف.

ونص ما تضمَّنه قوله: (وإِنْ بِهِبَةٍ...) إلى آخره من المسائل في "العتبية" على ما

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3813/7.

(2) في (ز): (الموهوب).

(3) في (ز): (من).

(4) كلمة (له) ساقطة من (ب).

(5) في (ز): (يعطيه).

(6) كلمة (يعود) ساقطة من (ز).

(7) في (ع2) و(ب): (لا) ولعل الصواب ما أثبتناه.

في "النوادر" وغيرها: روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فيمن وُهِبَ له أبوه، أو تصدق به عليه، أو أوصى له به؛ فهو حر قَبِلَه أو ردَّه، ويبدأ على الوصايا، والولاء للابن، ولو كان ذلك ببعضه، فإن قبله؛ أتمَّ عليه، وإن لم يقبله عتق منه ذلك الجزء ويبدأ ذلك على الوصايا في الوصية، والولاء للابن في ذلك كله، وقاله ابن القاسم في الولاء.

وقال أيضًا: إن قبله فالولاء له، وإن لم يقبله فالولاء للسيد، وهو أحبُّ إلي.

ومن كتاب محمد: قال مالك فيمن وهب له أبوه، فإنْ قبله؛ عتق عليه.

قال ابن القاسم: يعتق عليه قبله أو ردَّه، وكذلك فى الصدقة والوصية، وبلغنى ذلك عن مالك.

وفى الشقص منه إن قبله؛ عتق، فأتم عليه، وإن ردَّه؛ عتق الشقص فقط، قاله مالك.

قال ابن القاسم: والولاء فى ذلك كله للابن، وقاله أصبغ فى الوصية.

قال: ولا يعتق فى الصدقة إلَّا أن يقبَله فى الشقص أو فى الجميع.

قال ابن المواز: لا فرق بينهما والصدقة آكد.

قال ابن القاسم فى الولاء: هو للابن إن قَبِلَ الوصية، وإن لم يقبل فالولاء للموصى(1)، ثُمَّ رجع فقال: ولاؤه للابن قبل أو لم يقبل، وقاله أشهب وابن دينار فى الوصية بجميعه، فأمَّا ببعضه أو يوصى له بجميعه فيَحْمل الثلث بعضه.

قال: فإن قبله أتمَّ عليه وله ألا يقبله، فيبقى رقيقًا كله. انتهى من "النوادر"(2).

قال ابن يونس في كتاب الولاء والمواريث بعد أن ذَكَرَ قول أصبغ المتقدم: قال ابن المواز: بل الصدقة والوصية واحد، والصدقة ببعضه آكد أنه إن قبله عتق عليه كله، وإن لم يقبله فهو حر كله على سيده.

ابن حبيب: وقال ابن الماجشون: الوصية والهبة سواء قَبِلَها أو ردَّها لا تقويم

---

(1) في (ب): (للوصي).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 385 و386.

عليه لباقيه؛ لأنَّ ذلك الشقص يعتق بكل[1] حال وولاؤه للمعطي؛ لأنَّه عتق عليه.اهـ[2].

فالخلاف الذي نبَّه عليه المصنف بقوله: (**وَلَوْ لَمْ يَقْبَلْه**) هو صريحُ قول أصبغ كما ترى، ومفهوم قول مالك فيمن وهب له أبوه إن قَبِلَه عتق عليه، فإِنَّ مفهوم الشرط يقتضي أنه إن لم يقبله لم يعتق عليه، وهل يعتق على سيده كما قال ابن المواز؟ أم لا؟ يحتمل.

فإن قلتَ: وهلَّا قال: وولاؤه له، ولو لم يقبل؛ ليُنَبِّه على الخلاف الكائن في الولاء -أيضًا- كما تقدَّم عن ابن القاسم.

قلتُ: لعلَّه رأى أن الخلاف في الولاء ضعيف، فلذا لم ينبه عليه لا سيما وابن القاسم رجع عنه، وهو لا ينبه إلَّا على ما قَوِيَ من الخلاف، وعدم العتق إن لم يقبل قَوي.

وهو مختار اللخمي قال: الأصل في العطايا -الهبة والصدقة والوصية- أن المعطي بالخيار بين القبول والرد، ولا فَرْق بين مَنْ يعتق عليه وغيره، ولم يكن على المعطي أن يستكمل عليه، ولا يكون أدنى من رتبة العبد، يجعل له العتق في نفسه فيرد ولا يقبل، فلم يختلف المذهب أنه رقيق. انتهى مختصرا[3].

فإن قلتَ: قياس اللخمي لا يصح فإِنَّ العبد لم يحصل له ملك عتقه، وإنما خُيِّرَ فيه، والموهوب له مثلًا قد حصل له / الملك بنفسِ الهبة فلا خيار له في الرد؛ لأَنَّ بنفس الملك يعتق القريب كما تقدَّم. [ز:709ب]

قلتُ: لا نسلم أن الملك في العطايا يحصل بنفسِ العطية؛ بل حتى يقبل المعطي أو من ينوب عنه، فالعطية إنما توجِب تخيير المعطى له في الملك وغيره، وإن بنيت[4]

---

(1) في (ز): (لكل).

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا):6 /239، وما تخلله من قول ابن حبيب لم أقف عليه فيما وصلنا من كتبه المطبوعة.

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3221/6.

(4) في (ز): (ثبت).

الأمر على أن من ملك أن يملك عُدَّ مالكًا[1]، جرى ذلك في العبد وغيره.

فإن قلتَ: ومن نصَّ على ما اقتضاه مفهوم الشرط في كلام المصنف من أن العتق على المعطى له، ولو لم يقبل إنما هو إذا علم المعطي بأن العبد يعتق على المعطى، وليس فيما جلبت من النصوص إشارة إلى شرطية ذلك؛ بل ظاهرها الإطلاق على المعطي بالقرابة أم لا، وأيضًا العطايا من حيث الجملة أصلها أن لا يكون فيها تحجير.

قلتُ: كما ذكرت أن نصوص الأقدمين ليس فيها إشارة إلى ذلك الشرط إلَّا ما يفهم من تعاليلهم كقول ابن حبيب المتقدم عن ابن الماجشون؛ لأنَّه عنه عتق، وهو -أيضًا- في كلام اللخمي، وأظن المصنف اعتَمَد في ذلك على كلام ابن يونس حين تكلَّم في العتق الأول على[2] مسألة مَن اشترى أباه وعليه دين، ونقل قول ابن القاسم أن الأب يباع لدين ابنه إن اشتراه لا إن وهب له[3]، أو تصدق عليه، فإنه يعتق؛ لأنَّه لذلك أعطي.

قال ابن يونس: يريد أنه[4] إذا لم يعلم المعطي أنه ممن يعتق عليه؛ فليبع كالميراث، وهو ظاهر [في][5] احتجاجه، وقاله بعض فقهائنا[6].

وكذا قال ابن شاس عن عبد الحق عن بعض شيوخه[7].

وقال ابن عبد السلام في التفليس -وأشار إليه أيضًا في العتق-: فعكس غير واحد من الشيوخ هذه العلة فقالوا: لو لم يعلم الواهب أو المتصدق أنه ممن يعتق عليه لبيع عليه في الدَّين كالميراث.اهـ[8].

---

(1) في (ز): (ملك).

(2) في (ب): (في).

(3) في (ع2): (به).

(4) كلمة (أنه) ساقطة من (ب).

(5) كلمة (في) زائدة من جامع ابن يونس.

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 397.

(7) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 3/1190.

(8) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 17/53.

فإن كان هذا معتمده -كما ترى- ويكون قاس رجوع العبد إلى المعطي في الصور المتقدمة إن لم يقبل المعطى، ولم يعلم المعطي بأنه قريب على رجوع العبد إلى ملك المعطى، ويباع للدين إن لم يعلم المعطي بأنه قريب، والجامع الرجوع للرق[1] بجامع عدم العلم بأنه قريب فهو قياس فاسد.

أمَّا أولًا فلأنَّه قياس فرع على فرع، والمختار امتناعه سيما والفرع المقيس عليه ليس حكمه منصوصًا؛ بل قاله مَنْ قاله من الشيوخ بناء على اعتبار عكس العلة.

وعكس العلة الذي هو نفيها لا يفيد نفي الحكم على المختار؛ لأنَّ[2] مبنى اعتباره على منعِ تعليل الحكم الواحد بعِلَّتين، والصحيح جواز تعدد العلل.

سلمنا اعتبار عكس العلة، وصحة القياس على الفرع -على ما جرت به عادة كثير من الأئمة- لكن علة حكم الأصل هنا عدم، وهو وإن كان مضافًا لكن المحققون على امتناع التعليل بالعدم في الحكم الثبوتي مطلقًا؛ كان العدم أو مضافًا.

سلمنا صحة التعليل بالعدم المضاف، لكن الفرق بين الفرعين أن المقيس عليه ثَبَتَ الملك فيه[3] للمعطى له بالقبول، وعتقه موقوفٌ على انتفاء مانع الدَّين فلمَّا لم ينتفِ المانع نفي الملك، والفرع المقيس إنما لم يعتق فيه؛ لانتفاءِ شرط الملك وهو القبول، فإنَّ الفرض أن المعطى له لم يقبل.

وفي هذا القياس أشياء وإيرادات تقتضيها صناعة الجدل يوجب تتبعها السآمة[4] والخروج عن المقصود والسلامة في الاتباع هذا إن كان الإغياء في قوله: (**وَلَوْ لَمْ يَقْبَله**) يرجع إلى قوله: (**إِنْ عَلِمَ الْمُعْطِي**) وهو الظاهر، فحينئذ يلتمس له ما ذكرنا من اعتماده على قول الشيخين ويصح بعض الصحة.

وأمَّا إن كان (**إِنْ عَلِمَ**) شرطٌ لما قبله، وقوله: (ولو لم يعلم) يرجع إلى ما قبل (أن) ففاسدٌ؛ لاقتضائه أن عتق القريب على المعطى له لا يصح إلَّا إن علم المعطي

(1) في (ز): (بالقرب).

(2) في (ع2) و(ب): (لا) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) كلمتا (الملك فيه) يقابلهما في (ب): (فيه الملك) بتقديم وتأخير.

(4) في (ز): (العامة).

بالقرابة؛ قبل المعطى له أو لم يقبل، وهو باطل.

فإن قلتَ: ولِمَ عدلت في تثبيت نقله في الهبة والصدقة والوصية بمسائل "المدونة" على العادة إلى مسائل غيرها.

قلتُ: لأنَّ كلامه بالمطابقة دلَّ على أن مقصوده هبة جميع العبد، وكذا الصدقة والوصية والذي يطابق ما في "العتبية" وكتاب محمد كما تقدم، والذي تكلَّم عليه من ذلك في آخر العتق الأول من "المدونة" الشقص، وإن كان مآل[1] الحكم واحدًا قال هناك:

[ز:710/أ] ومن اشترى / نصف[2] ابنه أو نصف مَنْ يعتق عليه من رجل يملك جميعه أو كان لرجلين، فاشترى نصفه بإذن مَنْ له بقيته أو بغير إذنه، أو قبله من واهب أو موصٍ أو متصدق، أو ملكه بأمر لو شاء أن يدفعه عن نفسه فَعَل؛ فإن هذا يعتق عليه ما مَلَكَ منه وتُقَوَّم عليه بقيته إن كان مليًّا.اهـ[3].

نعم، ذكر في الولاء والمواريث الوصية خاصة فقال: ومن أوصى له بمن يعتق عليه إذا ملكه والثلث يحمله؛ عتق عليه؛ قبله أم لا، وله ولاؤه، ويبدأ على الوصايا.

قال أشهب: وهو مضار في ترك قبول الوصية[4] إذا كان الثلث يحمله، ولا يلزمه تقويم[5].

وهذا كله يتضمَّنه كلام المصنف كما تضمن -أيضًا- أن المعطى له إذا كان له مَنْ يقبل عنه حكمه حكم مَنْ يقبل لنفسه؛ قال في "المدونة" في العتق الأول: ومن وهب لصغير أخاه فقبله أبوه، جاز ذلك، وعتق على الابن.

ثُمَّ قال: وإن لم يقبل ذلك الأب أو[6] الوصي فهو حر على الصبي[7].

(1) كلمة (مآل) ساقطة من (ز).

(2) في (ع2): (نصفه).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 241.

(4) في (ع2): (الصدقة).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 336 و337.

(6) في (ز): (ولا) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 241.

ورأيت في بعض النسخ عطف الصدقة من كلام المصنف بالـ(واو) والوصية بـ(أو) ولا أدري ما توجيهها.

ولا يُكَمَّلُ فِي جُزْءٍ لَمْ يَقْبَلْهُ كَبِيرٌ، أَوْ قَبِلَهُ وَلِيُّ صَغِيرٍ أَوْ لَمْ يَقْبَلْهُ

يعني: إذا كان المعطي من القريب بهبة أو غيرها جزأه لا كله، فإن كان المعطى له كبيرًا وقبل ذلك الجزء؛ قوِّم عليه باقي العبد وعتق عليه جميعه، وإن لم يقبله عتق الجزء، ولا تقويم عليه في الباقي، وإن كان المعطى له صغيرًا؛ عتق الجزء خاصة، ولم يقوَّم عليه الباقي؛ قبل وليه ذلك الجزء أو لم يقبله.

فقوله: (لَمْ يَقْبَلْهُ كَبِير) صفة لـ(جُزْء)، و(وَلِيُّ) فاعل (قَبِلَهُ)، وفاعل (يَقْبَلْهُ) الأخير ضمير يعود على الولي، وفاعل الأول (كَبِير)، وجملة: (أَوْ قَبِلَهُ...) إلى آخره معطوفة على (لَمْ يَقْبَلْهُ كَبِيرٌ).

وكونه يعتق[1] على الكبير بالتقويم إن قَبِلَ مما دلَّ عليه كلامه بمقتضى مفهوم الصفة، وإن كان لم يلتزمه، وقد تقدَّم قريبًا نص ذلك من "المدونة"، وشَرَطَ فيه إن كان مليًّا.

وانظر تمام هذه المسائل في آخر العتق الأول من "المدونة"، وقد تقدَّم في الفصل قبل هذا ما في الكبير من الخلاف إذا لم يقبل الشقص في الهبة وغيرها من غير "المدونة".

وقال في الوصية في كتاب الولاء من "المدونة": قال مالك: فإن لم يسع الثلث إلَّا بعضه، فإن كان قَبِلَه؛ قُوِّمَ عليه بقيته[2] وعتق وكان الولاء [3] له، وإن لم يقبله فروى علي بن زياد عن مالك أن الوصية تسقط، وكذلك إن أوصى له ببعضه والثلث يحمله، فإن قبله بدأ به، وقُوِّمَ عليه باقيه، وعتق، وكان الولاء له[4].

---

(1) في (ز): (يقبل).

(2) في (ع2): (بقيمته).

(3) عبارة (من المدونة... الولاء) ساقطة من (ز).

(4) كلمتا (الولاء له) يقابلهما في (ز): (له الولاء) بتقديم وتأخير.

انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/337.

وقال في الصبي في العتق الأول: وإن أوصى لصغيرٍ بشقصٍ ممن يعتق عليه، أو وَرِثه[1] فقبل ذلك أبوه أو وصيه، فإنما يعتق ذلك الشقص فقط، ولا يقوم على الصبي بقيته، ولا على الأب الذي قبله، ولا على الوصي[2].

ولو بدل المصنف لفظ: (كَبِير) بـ(رشيد)، ولفظ: (صَغِير) بـ(محجور) لكان أشمل.

وإنما اتبع في صغير لفظ "المدونة" في العتق، ولفظها[3] في الولاء: وإن أوصى لمولى عليه بمن يعتق عليه فلم يحمله الثلث فقبلَه وليُّه؛ لم يعتق منه إلَّا ما حمل الثلث، ولا يُقَوَّم عليه باقيه، وليس للوصي ألا يقبله[4].

زاد[5] في "الأم": والولاء لليتيم فيما أعتق منه، ولفظها: إن أوصى لسفيهٍ أو يتيم[6].

وفي لفظ ابن يونس -ناقلًا عنها-: ويكون للمولى عليه ولاء ما أعتق منه؛ لأنَّه عليه عتق[7].

وقال اللخمي: اختُلِفَ إذا وهب له نصف ولده أو تصدق به عليه أو أوصى له به في ثلاثة مواضع، في الاستكمال إذا قبل النصف، وفي عتق النصف إذا لم يقبل، وفي ولاء ذلك النصف على القول بعتقه إذا لم يقبله.اهـ[8].

لا بِإرْثٍ أَوْ شِراءٍ، وعَلَيْهِ دَيْنٌ فَيُبَاعُ

يعني: ولا يعتق القريب على من ملكه بإرثٍ أو شراءٍ، وقد كان على مالكه بهذين

(1) في (ز): (ورثته).
(2) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 241/2.
(3) في (ز): (وبعضها).
(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 337.
(5) في (ب): (وزاد).
(6) انظر: المدونة (صادر/السعادة): 366/3.
(7) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 239/6.
(8) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا):3804/7.

الوجهين دين قبل ملكه بهما؛ بل يُباع ويقضى ذلك الدَّين من ثمنه.

فقوله: (وعَلَيْهِ دَيْنٌ) جملة في موضعِ الحال من فاعل ملكه مُقَدَّرًا مع[1] إن الشرطية بعد لا، وجوابها (فَيُبَاعُ) أي: لا إن ملكه بكذا، والحال كذا فيباع[2]، إلَّا أن في جواب (إن) بهذا الجواب نظرًا.

وعلم من قوله: (يُباع) أنه لا يعتق في هذه الحال، وما ذكر من أنه يباع للدين إن ورثه فهو قول ابن القاسم في كتاب محمد، ولأشهب[3] في الكتاب المذكور (أنه يعتق).

قال ابن يونس في العتق الأول: قال ابن المواز: ومن ورث أباه أو وُهِبَ له أو تصدق به عليه، وعليه دين؛ فقال أشهب: هو حر في ذلك كله، ولا يباع / في الدين. [ز:710ب]

وقال ابن القاسم: يباع إن وَرِثَه؛ ولا يباع في الهبة والصدقة؛ لأنَّ الواهبَ يقول: لم أهبه، ولم أتصدَّق به عليه إلَّا ليعتق لا ليباع عليه في الدين.

ابن المواز: وكذلك عندي ما[4] ورث لا يباع -أيضًا- وهو مثل الصبي والمولى عليه الذي يعتق عليه ما ورث، أو أوصى له به، أو تصدَّق به عليه.اهـ[5].

ثُمَّ فسر ابن يونس قولَ ابن القاسم بأنه[6] لو لم يعلم الواهب أنه قريب لبِيع أيضًا، وقد تقدَّم ما فيه.

وأمَّا بيعه للدين إن اشتراه؛ فقال في العتق الأول من "المدونة": ومن ابتاع أباه وعليه دين يغترقه؛ لم يعتق عليه وبِيع عليه، وإن اشتراه وليس عنده إلَّا بعض ثمنه.

قال مالك: يرد البيع، وقال ابن القاسم: بل يُباع منه ببقيةِ الثمن ويعتق ما بَقِيَ، وقال غيره: لا يجوز له في السُّنة أن يملك أباه إلَّا إلى عتق، فإذا كان عليه دين يرده

---

(1) في (ز): (في).

(2) كلمة (فيباع) ساقطة من (ب).

(3) في (ز): (وأشهب).

(4) في (ع2): (فيما) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا):5 /397.

(6) في (ع2): (فإنه).

صاحبه صار خلاف السُّنة أن يملكه فيباع في دينه، ويقضى عن ذمته نماؤه.اهـ[1].

قال ابن يونس: قال ابن المواز: قول ابن القاسم فيما إذا لم يكن عنده إلَّا بعض الثمن هو القياس على أصل مالك، وقال أبو إسحاق: مقتضى قول الغير أن لا ينفذ بيعه على حال، ولو مات بعد البيع لكان ضمانه من البائع، وفيه نظر؛ لإمكان أن يجيز الغرماء عتقه ويتبعوا ذِمَّته بدينهم.

وفرَّق ابن يونس لمالك بين المسألتين؛ أن الأول دَفَعَ جميع الثمن؛ فلا حُجَّة للبائع لقبضه جميع الثمن، ولا عليه لبيعه ما يجوز له، ويباع للدين؛ لإتلاف مال الغرماء فيه، والثاني لم يدفع جميع الثمن، فللبائعِ نقض البيع وأخذ عبده؛ إذ[2] لو بِيع عليه في بقية الثمن لدخل عليه غيره من الغرماء إن كان.

قلتُ: وإنما يدخل معه غيره؛ لأنَّ الثمن ليس عين سلعته.

ثُمَّ قال ابن يونس: وأمَّا ابن القاسم فقد احتاط للعتق، ولم ير للبائع حجة إذا قبض بقية ثمنه، والدَّين أمر طارئ؛ فلا يعتد به، وهو القياس.

وعن القابسي استواء المسألتين عند مالك على مذهب "المدونة" ينقض البيع فيهما وليس بشيء، والصواب رد المجمل إلى ما فسر في غير "المدونة"، وهو رأي أبي محمد وعليه اختصرها.اهـ[3].

واختار غير ابن يونس مذهب القابسي، وقال: إنه صريح ما[4] في "المبسوط"[5].

---

(1) ما يقابل كلمة (نماؤه) بياض في (ز)، وانظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 233 و234.

(2) كلمة (إذ) ساقطة من (ب).

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/396 و397.

(4) كلمة (ما) ساقطة من (ب).

(5) قول القابسي بنصِّه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 17/119.

[العتق بالمثلة]

وبالحُكْمِ إنْ عَمَدَ لِشَيْنٍ بِرَقِيقِهِ أَوْ رَقِيقِ رَقِيقِهِ، أَوْ لِوَلَدٍ صَغِيرٍ غَيْرُ سَفِيهٍ، وعَبْدٍ وذِمِّيٍّ بِمِثْلِهِ، وزَوْجَةٍ ومَرِيضٍ فِي زائِدِ الثُّلُثِ ومَدِينٍ

هذا فصل العتق بالمثلة.

قال الجوهري: مَثَلَ به يَمْثُلُ مَثْلًا؛ أي: نكَّلَ به[1]، والاسم المُثْلَةُ -بالضم- ومَثَّلَ بالقتيل: جدعه.اهـ[2].

فأنت ترى كلامه في هذا الفصل إنما هو ثلاثي، وأنه إنما يقال بالتخفيف كقتل يقتل كما تلقَّفناه[3] من الشيوخ، ومن ضعَّفه فهو لاحق.

وهو[4] في اصطلاح الفقهاء أن يحدث بجسد[5] العبد ما يشينه شينًا بيِّنًا، والأصل في وجوب العتق بها ما في "المدونة" عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: كان لزِنْبَاع عبد يسمى سندر أو ابن سندر[6] فوجده يقبل جارية له، فأخذه وجبَّهُ، وجدع أنفه وأذنه، فأتى إلى[7] رسول الله ﷺ فأرسل إلى زِنْبَاع، فقال: **«لا تُحَمِّلُوهُمْ مَا لا يُطِيقُونَ، وَأَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ، وَاكْسُوهُمْ مِمَّا تَلْبَسُونَ، ومَا كَرِهْتُمْ فَبِيعُوا، وَمَا رَضِيتُمْ فَأَمْسِكُوا، وَلَا تُعَذِّبُوا خَلْقَ اللهِ»**.

ثُمَّ قال رسول الله ﷺ: **«مَنْ مُثِّلَ بِهِ أَوْ أُحْرِقَ بِالنَّارِ فَهُوَ حُرٌّ وَهُوَ مَوْلَى اللهِ وَرَسُولِهِ»**، فأعتقه رسول الله ﷺ فقال لرسول الله ﷺ: أَوْصِ بِي، فقال: **«أُوصِي بِكَ كُلَّ مُسْلِمٍ»**[8].

---

(1) كلمة (به) ساقطة من (ز).

(2) الصحاح، للجوهري: 5/ 1816.

(3) في (ز): (تلقيناه).

(4) كلمة (وهو) ساقطة من (ز).

(5) كلمة (يحدث بجسد) يقابلهما في (ع2): (يحدث في بجسد) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(6) عبارة (أو ابن سندر) ساقطة من (ب).

(7) كلمة (إلى) ساقطة من (ع2).

(8) رواه البيهقي في باب ما روي فيمن قتل عبده أو مثل به، من كتاب جماع أبواب تحريم القتل ومن =

وأعتق عمر رضي الله عنه أمة لرجل كوى فرجها وَجَلَدَه، وكذا أمة لامرأة كوتها[1].

ومعنى قوله ﷺ: «مَوْلَى اللهِ وَرَسُولِهِ» أي: إن العتق كان بسببهما؛ لأَنَّ[2] الولاء للمسلمين، وفي "المدونة": قال يحيى بن سعيد: "ويعاقب مَنْ فعل ذلك"[3].

ويشترط في العتق بها باعتبار صدورها أن تكون على وجه العمد لا الخطأ، وباعتبار صفتها أن يحدث شيئًا في العبد، وباعتبار محلها أن يكون ذلك العبد مملوكًا للفاعل أو مملوكًا لمملوكه أو مملوكًا لولده الصغير، وباعتبار فاعلها أن يكون بالغًا / عاقلًا حرًّا رشيدًا لا دين عليه، مسلمًا. [ز:711/أ]

فقوله: (وبِالحُكْمِ) يعني: أن العتق بالمُثْلة لا يكون بنفسِ وجودها؛ بل لا[4] بد أن[5] يحكم به حاكم بعدها.

وإنما افتقرت إلى نظر الحاكم؛ لأنها لا ضابط فيها يضبط القدر الذي يوجِب العتق منها دون غيره بخلاف القرابة؛ فإنها سبب منضبط لا يختلف فلم يحتج العتق بها إلى حاكم.

ونقل ابن يونس عن ابن المواز قال مالك: من مثَّل بعبده؛ لا يعتق عليه إلَّا بعد الحكم، وقاله ابن القاسم، وقال أشهب: بالمثلة صار حرًّا.

وقال عنه ابن عبد الحكم: أمَّا المثلة المشهورة التي لا شكَّ فيها؛ فهو بها حر بغير قضية، وما شُكَّ فيها؛ فبالحكم.

قال: وما تقدم من قوله ﷺ: «فَهُوَ حُرٌّ»[6]، يريد قول أشهب: وفي بعض

= يجب عليه القصاص ومن لا قصاص عليه، في سننه الكبرى: 66/8، برقم (15950).

والهيثمي في مجمع الزوائد: 239/4، برقم (7236) كلاهما عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(1) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 3 /219 و220.

(2) كلمة (لأن) يقابلها في (ب): (لا أن).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 256/2.

(4) كلمتا (بل لا) يقابلهما في (ب): (لا بل).

(5) عبارة (لا بد أن) يقابلها في (ز): (به وأن).

(6) روى أحمد في مسنده: 11/ 667، برقم (7096).

والطبراني في مسند الشاميين: 304/2، برقم (1389) كلاهما عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عَنْ رَسُولِ =

الحديث: «مَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ فَأَعْتِقُوهُ»[1].

وقال اللخمي: إن لم تكن بينة افتقرت[2] إلى الحاكم ليتجهد فيها، وإن كانت بينة افتقرت عند مالك وابن القاسم، والأول أحسن؛ لأنَّ العتق بالمثلة لم يأتِ من طريق صحة.

وقد قال الشافعي وأبو حنيفة: لا يعتق بها، ويعاقب، وأرى أن يخير العبد، فإِنِ اختار العتق عتق، وإلَّا بقي رقيقًا، وقد يضر به العتق لما نزل به منها[3].

قلتُ: فظاهر نقل ابن يونس أن في افتقار العتق بها إلى الحكم[4] ثلاثة أقوال: ثالثها: إن كانت واضحة لم تفتقر، وظاهر كلام اللخمي أن غير الواضحة تفتقر اتفاقًا، وعلى الافتقار إن مات العبد أو السيد قبل الحكم فهو رقيق، وعلى نفيه فهو حر[5]، وعلى الافتقار له أن ينتزع ماله قبل الحكم، ولا يكون له ذلك على القول الآخر؛ بل يتبعه ماله.

وقوله: (إِنْ عَمَدَ) إشارة إلى أنها إنما توجب العتق إن صدرت من السيد على وجه العمد.

فإن قلتَ: ظاهره أنه مهما تعمَّد المثلة فإنه يعتق عليه، ولو كان على وجه المداواة، وليس كذلك؛ لنصه في "المدونة" على أن المثلة الموجبة للعتق ما كان على وجه العذاب.

من ذلك قوله: وكذلك إن[6] كوى عبده تداويًا أو أصابه به على وجه الأدب من كسرٍ أو قطع جارحة أو فقء عين فلا يعتق به، وإنما يعتق بما تعمَّد به[7].

=

الله ﷺ، قَالَ: «مَنْ مُثِّلَ بِهِ أَوْ حُرِّقَ بِالنَّارِ، فَهُوَ حُرٌّ، وَهُوَ مَوْلَى اللهِ وَرَسُولِهِ».

(1) انظر: الجامع، لابن يونس: 476/5.

(2) كلمة (افتقرت) ساقطة من (ز).

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3859/7 و3860.

(4) في (ع2): (حكم).

(5) عبارة (وعلى الافتقار إن مات... فهو حر) ساقطة من (ب).

(6) في (ع2): (من).

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 256/2.

وقال اللخمي: المثلة على أربعة أوجه:

يعتق بواحد [وهو][1] أن يكون عمدًا على وجه العذاب، ولا يعتق بثلاثة[2]؛ الخطأ، والعمد للمداواة والعلاج، والشبيه بالعمد كحذفه بسيف فيبين منه عضو.

وقال ابن دينار في "شرح ابن مزين": لا يكون مثلة بضربةٍ أو رمية وإن تعمَّدها؛ إلَّا أن يتعمد المثلة يضجعه[3] فيمثَّل به، كمثل ما يُستقاد فيه الابن من أبيه، وهذا صحيح؛ لأنَّ الغالب الشفقة على المال، وقد يريد تهديده لا العتق[4] عليه بالمثلة، وقد يريد المثلة فإذا احتمل أحلف وترك.

ولسحنون في كتاب ابنه: إن ضرب رأسه فنزل الماء في عينه لم يعتق [عليه][5]، ولم يعتقه؛ لاحتمال أن يقصد ضرب رأسه لا ما حَدث به.اهـ[6].

قلتُ: قوله: (إِنْ عَمَدَ لِشَيْنٍ) يخرج المداواة ونحوها؛ لأنَّه في المداواة إنما عمد لضد الشين، ولا يتناول لفظه إلَّا مثل ما قال ابن دينار مما لا احتمال فيه، وأمَّا ما احتمل قصده فيه التأديب فلا يصدق فيه أنه عمد لشين.

فإن قلتَ: وظاهره -أيضًا- أن عمده للشين كافٍ في العتق وإن لم يفعله، وهو باطل.

قلتُ: هذا لا يخفى على أحد، فلذلك[7] سَكَتَ عن بيانه حتى يكون في كلامه معطوف محذوف على (عَمَدَ)؛ أي: وفعله، أو صفة (لِشَيْنٍ) أي: فعله.

لا يقال: ويدل عليه قوله بعد: (كَقَلْعٍ) وما بعده؛ لأنَّ ذلك تمثيل للشين، ولا دلالة فيه على الحصول؛ نعم لو كانت الباء مكان الكاف لسقط هذا السؤال؛ أي: إن

---

(1) ما بين المعكوفتين زيادة من تبصرة اللخمي.

(2) كلمة (بثلاثة) ساقطة من (ز).

(3) في (ب): (بضجعها).

(4) كلمتا (لا العتق) يقابلهما في (ز): (بالعتق) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) ما بين المعكوفتين زيادة من تبصرة اللخمي.

(6) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3849/7 و3850.

(7) في (ز): (فلذا).

عمد الشين ففعل كذا، وتكون الباء للمصاحبة أو لغير ذلك، وتتعلق بـ(عَمَد)؛ نعم يوهم كلامه مع الباء حصر ما يعتق[1] به من المثلة إلَّا[2] أن يقدر في الكلام مضاف؛ أي: بمثل قلع أو معطوف محذوف؛ أي: وشبه ذلك، ولعله بالباء وصحف.

وقوله: (لِشَيْنٍ) إشارة إلى صفتها؛ أي: لفعلٍ فَعَلَه في عبده هو شين فيه أو أوجب شينًا فيه.

قال اللخمي: صفتها خمسة أوجه:

فإن كانت إزالة عضو، أو فساده، أو شينًا شوَّه به خِلقه / وساءت منظرته، وكان مما يزول، ولا يعود إلى هيئته؛ أعتق عليه، وإن كان الشين يسيرًا أو كثيرًا ويعود العبد إلى هيئته ويبقى من الشين اليسير؛ لم يعتق عليه، وهذا عقد هذا القسم.اهـ[3]. [ز:711ب]

وفي "المدونة": قال ربيعة: يعتق بالمثلة المشهورة[4].

وقوله: (بِرَقِيقِهِ...) إلى (صَغِير) إشارة إلى محلها، وهو العبد الذي يعتق بسببها، وهو أن يكون رقيقًا للفاعل، وسواء كان رقيقًا خالصًا أو فيه شائبة من عتق، أو يكون رقيقًا لرقيقه خالصًا أو ذا شائبة، وكذا إن كان رقيقًا لولده الصغير.

فقوله: (أَوْ لِوَلَد) أي: للفاعل، وحذف الصفة؛ للعلم بها؛ لأنَّ ولد الأجنبي الصغير كولد[5] الجاني الكبير وعبد كل منهما كعبد الأجنبي المالك أمر نفسه.

قال في "المدونة": ومن مثَّل بعبده أو بأمِّ ولده، أو بعبد لعبده أو لمدبره أو لأم ولده؛ عتقوا عليه، وكذلك إن مثل بعبد لابنه الصغير؛ فإنه يعتق عليه إن كان مليًّا، ويغرم قيمته للابن.

ثُمَّ قال بعد هذا: وإن مثل بمكاتبه؛ عتق عليه، ونظر في جرحه لمكاتبه أو قطع جارحة منه، فيكون عليه من ذلك ما على الأجنبي، ويقاص بالأرش في الكتابة، فإن

---

(1) في (ز): (يتعلق).

(2) كلمة (إلَّا) ساقطة من (ز).

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/3850 و3851.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 256.

(5) في (ز): (كذلك).

ساواها؛ عتق، وإن نافت عليه الكتابة؛ عتق، ولا يتبع ببقيتها[1]، وإن ناف الأرش عليها؛ أتبع المكاتب سيده بالفضل وعتق.اهـ[2].

قال بعضهم: لا يقال: جعل العبد غير مالك؛ لأنَّا نقول: إنما راعى ماله فيه من الشبهة بدليل عبد ابنه فإنه ملك للابن اتفاقًا، ولم يجعله كعبد الأجنبي لما له فيه من الشبهة؛ لأنَّه لا يحد من زنى بأمة ابنه، ولا يقطع إن سرق من ماله، وله فيه النفقة.

قلتُ: وفي هذا نظر فإن مثل هذه المسألة[3] جارية في الابن الكبير مع أن مفهوم قوله: (صَغِير) يدل على أن عبد الكبير كالأجنبي كما قدَّمنا، ونص عليه اللخمي، وقال: إلَّا أن يكون الولد سفيهًا في ولاية أبيه فيعتق عليه على قول ابن القاسم[4].

وإطلاق المصنف القول في (بِرَقِيقِهِ ورَقِيقِ رَقِيقِهِ) ليس بسديد، فإن في المعتق إلى أجل إن قرب الأجل، والمدبر[5] في مرض السيد أو عبد كل منهما، وأم ولده تفصيلًا ممن ذكره اللخمي.

وفي "المدونة": وإن مثل بعبد مكاتبه؛ لم يعتق عليه، وكان عليه ما نقصه؛ لأنَّ عبيد مكاتبه لا يقدر على أخذهم إلَّا أن تكون مثلة مفسدة، فإنه يضمنه ويعتق عليه، وكذلك في عبد زوجته مع العقوبة في تعمده.اهـ[6].

فأنت ترى كيف جعل عبد المكاتب كعبد الأجنبي من زوجة وغيرها[7]، وظاهر قوله: (ويضمنه ويعتق) شاء السيد أو أبى.

ونقل عبد الحق في أول كتاب الغصب عن بعض شيوخه: إنما ذلك إن طلبه السيد وإن أبى؛ كان له أخذه وما نقصه، وليس العتق بأمرٍ وجب للعبد لا بد منه[8].

---

(1) في (ز): (بقيمتها).

(2) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 255 و256.

(3) في (ز): (الشبهة).

(4) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3859/7.

(5) كلمة (والمدبر) يقابلها في (ع2): (أو المدبر).

(6) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 256/2.

(7) كلمة (وغيرها) يقابلها في (ب): (أو غيرها).

(8) النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 196.

وقال ابن يونس: إن مثل بأمة لغيره ثُمَّ وطئها قبل التقويم، فإن كانت مفسدة حتى لا يكون لسيدها إمساكها لكثرتها لم يحد؛ لأنها شبهة تدرأ الحد.اهـ[1].

فتبين أن في إمساك مثل[2] هذا قولين، وحكى اللخمي في ذلك ثلاثة أقوال: يُقوَّم حرًا، يخير السيد في الإمساك والرجوع بقيمة العيب أو التضمين والعتق على الجاني.

وقيل: لا يعتق وإن صار العبد إليه وغرم قيمته؛ لأنَّ الحديث إنما هو فيمن مثل بعبده[3].

وقوله: (غَيْرُ سَفِيهٍ...) إلى آخره إشارة إلى صفات فاعل المثلة فقوله: (غَيْرُ) يحتمل أن يكون مرفوعًا على أنه فاعل (عَمَدَ)، وإنما أخَّره لكثرة شروطه، وقلة شروط ما قبله، ويحتمل أن يكون منصوبًا على أنه حال من الفاعل بـ(عَمَدَ)، وهو ضمير المالك المفهوم من السياق، والمعنى على التقدير: إن عمد مالك غير كذا، أو المالك حالة كونه غير كذا فأخرج[4] بلفظ (غَيْر) من لا يعتق عليه بالمثلة، وهم من اتصف بصفة من الصفات التي ذكرت بعد (غَيْر).

قال اللخمي: شرط من يعتق عليه بالمثلة ستة أن يكون بالغًا عاقلًا حرًا رشيدًا لا دين عليه مسلمًا[5].

فقوله: (غَيْرُ سَفِيه) يستلزم البلوغ والعقل والرشد.

وقوله: (وَعَبْد) عطف على (سَفِيه) أي: وغير عبد فلو[6] مثل عبد بعبده لما عتق عليه؛ لأنَّ محجور السيد إلَّا برضاه، وكذا (وذِمِّيٍّ)، والضمير / المخفوض بـ(مِثْل) [ز:712/أ] راجعٌ إلى الذمي أي: غير ذمي إن مثل بعبده الذمي، وأمَّا إن مثل بعبده المسلم فإنه يعتق عليه، وهذا من المفهوم الذي لم يلتزمه.

---

(1) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 479.

(2) كلمة (مثل) ساقطة من (ب).

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/3861 و3862.

(4) كلمة (فأخرج) يقابلها في (ز): (ما يخرج).

(5) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/3854.

(6) في (ز): (ولو).

وقوله: (وزَوْجَةٍ...) إلى (الثُّلُثِ) أي: وغير زوجة وغير مريض إن كان من مثَّلا به من العبيد تزيد قيمته على ثلث مال كل واحد منهما، فإن للزوج حينئذ أن لا يجيز العتق، وكذا الورثة ومفهوم الكلام -أيضًا- أن كلًّا من الزوجة والمريض إن مثل كل منهما بعبد لا تبلغ قيمته ثلث ماله عتق عليه، ولا كلام لزوج ولا وارث.

وقوله: (ومَدِين) معطوف أيضًا على (سَفِيه) أي: وغير مدين فلو مثل المدين بعبده لم يعتق عليه إلَّا إذا أجاز ذلك الغرماء للحجر عليه، ولو قال المصنف: (غير محجور عليه) كما قال أول باب العتق: (بِلا حَجْرٍ) لخرج بذلك جميع من ذكر إلَّا الذمي فيقول: (وذِمِّي) ويكون أخصر كما أن اللخمي لو اقتصر على (رشيد) لأغناه عمَّا عدا مسلمًا، لكن اللخمي ما التزم الاختصار كالمصنف.

وما ذكر من أن السفيه لا يعتق عليه بالمثلة، قال اللخمي: هو الذي ثبت عليه ابن القاسم، وله في كتاب محمد قولان.

قال اللخمي: والعتق عليه أحسن؛ لأنَّه ماله، ولا تعلُّق لأحد عليه فيه[1].

قال ابن يونس: ابن المواز: قال أشهب وابن وهب: يعتق على السفيه، ابن وهب: ويتبعه ماله.

ابن المواز: ولا شكَّ أن أشهب يقوله؛ لأنَّه روي عن مالك إذا أعتق أم ولده تبعها مالها، وقال ابن القاسم: يعتق عليه، ولا يتبعه ماله كعتقِه أم ولده، ثُمَّ رجع فقال: لا يعتق عليه، وكذلك عنه في "العتبية"، وقال: انظر من يجوز عتقه يعتق عليه بالمثلة، ومن لا فلا.اهـ[2].

وقال اللخمي: لا[3] يعتق على الصبي والمجنون؛ لأنَّ عمدَهما كالخطأ، واختُلِفَ في العتق على السفيه، والمديان والعبد والنصراني ويعتق على الزوجة والمريض، وفي كونه من رأس المال أو من الثلث خلاف.

وقال أشهب في كتاب محمد في السفيه: ومن أحاط الدَّين بماله والعبد يعتق

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3855/7.

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 480.

(3) كلمة (لا) ساقطة من (ز).

عليهم؛ لأنها جناية حدها العتق، قال محمد: وقيل: لا يعتق عليهم، وقال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب: لا يعتق عليهم، وقال ابن القاسم[1]: وهو كابتدائهم العتق[2].

زاد ابن يونس: وبه قال أصبغ[3].

وما ذكر في العبد هو لابن القاسم في كتابِ ابن حبيب كما رأيت في نقل اللخمي وابن يونس زاد في "النوادر": وقاله[4] سحنون[5].

قال اللخمي: والعتق عليه أبين؛ لأنَّ السيد ملكه ومكَّنه وسلطه، فوَجَبَ أن تجري عليه الأحكام في ماله كالحر[6].

وزاد ابن يونس في قول أشهب: إن[7] ولاءَه لسيده الأعلى ولا يرجع إلى العبد إن عتق[8].

وما ذكر في الذمي يمثل بمثله هو لابن القاسم.

قال في "النوادر" -ونقل بعضه ابن يونس[9]- من كتاب محمد و"العتبية" من سماع أشهب: إن نزل روُمي بنا فخصى عبده لم يعتق إذا لم يعاهد على ذلك.

ابن القاسم: لا يعتق عليه إلَّا أن يمثل به بعد إسلام العبد.

قال ابن سحنون عن أبيه: قال أشهب: يعتق على الذمي عبده النصراني بالمثلة، ولا يعتق بها[10] على المعاهد الحربي كمن لم ينزل بنا، وقال ابن القاسم: لا يعتق عليه في الوجهين إلَّا أن يمثل به بعد إسلام العبد، وقاله سحنون في العتبية[11].

---

(1) عبارة (وقال ابن القاسم) زيادة انفردت بها (ز).

(2) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3855.

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 481/5.

(4) في (ب): (وزاده).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 400/12.

(6) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا):3855/7.

(7) كلمة (إن) ساقطة من (ز).

(8) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا):5 /480.

(9) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 479/5.

(10) كلمة (بها) ساقطة من (ب).

(11) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 399/12.

قال اللخمي: والعتق عليه أبين؛ لأنَّه من التظالم[1].

وما ذكر في الزوجة نقله في "النوادر" وابن يونس عن ابن حبيب عن ابن القاسم، وإن مثلتها بعبدها كابتدائها العتق، وبه قال أصبغ، وقال أشهب: يعتق عليها[2].

قال اللخمي: وذات الزوج قريبة من السفيه؛ لأنه[3] لا شريك لها فيه[4].

إلَّا أن هذا النقل ليس فيه بيان أن ابن القاسم إنما يقول بردِّ[5] عتقها إذا جاوز العبد ثلث مالها.

وإن كان ذلك مراد ابن القاسم لكن في "النوادر" بعد نقل قول أشهب المتقدم: وقال ابن وهب في "العتبية" في ذات الزوج[6] تمثل بعبدها أنه يعتق رضي[7] الزوج أم كره.

وقال سحنون: لا يعتق إذا كان أكثر من ثلث مالها، ورواها عن ابن القاسم[8].

وما ذكر في المريض قال في "النوادر" -ونقله ابن يونس أيضًا[9]-: وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في المريض يمثل بعبده: أنه يعتق في ثلثه، وإن صحَّ في رأس ماله، وقال عنه في المديان: لا يعتق عليه[10].

وعلى هذه الرواية اعتمَد المصنف -أيضًا- فيما ذكر في المدين، وكذا -أيضًا- / نقل في "النوادر" وابن يونس عن ابن حبيب عن ابن القاسم: أنه قال: عتق عبد المفلس بالمثلة لا يمضي كإنشاء العتق فيه[11]. [ز:712ب]

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3856/7.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 400/12.

(3) في (ب): (لأنها).

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3855/7.

(5) في (ع2): (يرد).

(6) كلمة (الزوج) ساقطة من (ز).

(7) في (ز): (برضا).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12 /400.

(9) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 481/5.

(10) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12 /400.

(11) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 400/12، والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 480/5.

وهو -أيضًا- داخل في الكلية المتقدمة عن "العتبية"، والحاصل أن الحكم الذي ذكر في السفيه وما عطف عليه هو قول ابن القاسم.

قال اللخمي: والمريض أشكل منهم -يعني: أن القول بعدم العتق عليه أقرب- قال: لأنَّ في ذلك إتلافًا على الورثة، وتعلُّق حقهم في المال أقوى من تعلُّقِ حق الزوج، والمفلس أبين أن لا يعتق عليه؛ لأنَّ في ذلك إتلافًا لأموالهم[1].

كَقَلْع ظُفُرٍ[2]، وقَطْع بَعْضِ أُذُنٍ أَوْ جَسَدٍ أَوْ سِنٍّ أَوْ سَحْلِها، أَوْ خَرْمِ أَنْفٍ

هذا تمثيل[3] للشين الذي إذا فعل في العبد[4] عتق به، وقوله: (وقَطْعِ) (أَوْ خَرْمِ) معطوفان على (قَلْعِ)، وقوله: (أَوْ جَسَد) عطف على (أُذُن)، وقوله: (أَوْ سِنٍ) الأظهر فيه عطفه على (ظُفُر)، وكان الأولى إيلاؤه إياه ويضعف عطفه على (أُذُن)؛ لأَنَّه يكون المعنى: وقطع بعض سن، ويغني عنه قوله: (أَوْ سَحْلِهَا)؛ لأنَّ السحل هو برد السن بالمبرد، وهو كقطع بعضها يقال: سحل كضرب والمِسحل -بكسر الميم- المبرد[5].

ثُمَّ لم أر من نصَّ على أن قطع بعض السن الواحدة أو سحلها مثلة، كما هو ظاهر لفظه في (سَحْلِهَا) مطلقًا أن الضمير يعود على السن الواحدة، وفي (سِن) أن قُدِّر عطفه على (أُذُن)، وأمَّا إن عطف على (ظُفُر) فصحيحٌ.

وأمَّا السحل فلم أره منصوصًا إلَّا في الأسنان بصيغةِ الجمع.

وأمَّا قوله: (أَوْ سَحْلِهَا) فمعطوف على (قَلْع) حين تقدر إضافته إلى (سِن) على الوجه الأول في لفظ (سِن) أي: وكقلع سن وكسحلها، وفي سَوْق هذه المعطوفات -كما ترى- تشتيت وغير المُساق أحسن منه، وهذه الأمثلة التي ذكر أنه يعتق بها هو قول ابن القاسم وغيره على ما نقل ابن يونس وغيره.

ونص ابن يونس: ابن المواز: قال أشهب عن مالك فيمن عَمَدَ فقطع أنملة عبده

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3855/7.

(2) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (كَقَطْعِ ظُفُرٍ).

(3) في (ز): (المثل).

(4) كلمتا (في العبد) يقابلهما في (ز): (بالعبد).

(5) قوله: (لأنَّ السحل هو برد السن... بكسر الميم المبرد) بنحوه في تهذيب اللغة، للأزهري: 178/4.

أو طرف أذنه أو أرنبته، أو قلع سنه، أو قطع بعض جسده؛ عتق عليه وعوقب.

قال أشهب: ويسجن، قال ابن حبيب: قال مُطَرِّف وابن الماجِشُون: وكذلك لو جدع أنف عبده، أو شرف أذنه[1]، أو قلع ظفره، أو سنه عمدًا؛ عتق عليه، وقاله ابن القاسم.اهـ[2].

وزاد في "النوادر" في نقل ابن حبيب: أو قطع طرف أنملته، أو خرم أنفه، أو قلع ضرسه أو سنه، أو وسم وجهه عمدًا؛ عتق عليه، وقاله ابن القاسم.

قال أصبغ: لا أراه في السن الواحدة ولا الضرس إلَّا في جُلِّ الأسنان أو جل الأضراس.

قال ابن حبيب: وبالأول أقول[3].

قال اللخمي: قال مالك في كتاب محمد يعتق بالسِّن والسِّنَّيْنِ، وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: لا يعتق إلَّا في كل الأضراس، وقال هو: إن[4] قلع سنين من الثنايا أو الرباعيات أعتق؛ لأنَّه شين ظاهر لا بواحدة منهما؛ لأنَّه ليس بكبير شين.

وأمَّا الرَّحَى[5] فلا يعتق وإن أزال له سنين؛ لأنَّ شينهما لا يظهر، فإن أفسد الأكل والطحن؛ عتق، وما قال في الأذن إنما هو في الشين البيِّن.اهـ[6].

وأمَّا السحل؛ ففي "التهذيب": قال مالك: إن سحل أسنان أمته بالمبرد أو قلعها على وجه العذاب؛ فهي مثلة يعتق بها[7].

قلتُ: وفي "اختصار" البراذعي لمسألة السحل نظر، ولعلَّ المصنف إياه تبع في

---

(1) في (ز): (أذنيه).

(2) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا):5 /475.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12 /394، وما تخلله من قول ابن حبيب لم أقف عليه فيما وصلنا من كتبه المطبوعة.

(4) كلمتا (هو إن) يقابلهما في (ز): (هذا).

(5) الجوهري: الطاحونَةُ: الرَحى، والطَواحِنُ: الأضراس.اهـ. من الصحاح: 2157/6.

(6) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا):3851/7 و3852.

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2 /255.

الاكتفاء بمطلق السحل، والذي في "الأم" قال مالك: إنَّ عامل المدينة استشارهم في امرأة سحلت أسنان جاريتها بالمبرد حتى أذهبت أسنانها، فما اختلف عليه أحد منا أنها تعتق عليها.اهـ[1].

فأنت ترى أن هذا سحل خاص فلا يكتفي المختصِر بإطلاق السحل، ولا يقال: إنه في السؤال فلا عمل عليه؛ إذ لم يقع نصٌّ في غيره، وظاهر "المدونة" -أيضًا- إنَّ قلعَ السن الواحدة لا يكون مثلة كقول أصبغ، وخالف[2] المصنف ظاهرها في القلع، وظاهرها في عدد المسحول[3]، وظاهر "الأم" في صفة السحل.

وقوله: (أَوْ جَسَد) أي: أو قطع[4] بعض الجسد كما هو عن أشهب في كتاب محمد، ومنه ما لربيعة في "المدونة" من قطع الحاجبين[5].

وفي "النوادر": قال ابن المواز: ولا يعتق بالعض[6] في الجسد، ولكن يباع.

قال مالك في امرأة عضت جاريتها وأثَّرت أثرًا شديدًا: تباع، قال أشهب: ولو نَيَّبتها لم تعتق ما لم تقطع شيئًا ويبين من جسدها، قال أشهب: ولو كان ذلك فلتة[7] لم / يبع، وإن لم يكن فلتة بِيع[8]. [ز:713/أ]

أَوْ حَلْقِ شَعْرِ أَمَةٍ رَفِيعَةٍ أَوْ لِحْيَةِ تاجِرٍ، أَوْ وَسْمِ وَجْهٍ بِنارٍ؛ لا غَيْرِهِ، وفِي غَيْرِها فِيهِ قَوْلانِ

(حَلْقِ) عطف على (قَلْعٍ)، ويعني أن من المثلة الموجبة للعتق حلق شعر رأس الأمة الرفيعة، وحلق لحية العبد التاجر ذي المنظر والهيئة.

---

(1) المدونة (صادر/السعادة): 3/ 219.

(2) ما يقابل كلمة (وخالف) بياض في (ز).

(3) في (ز): (السحل).

(4) كلمتا (أو قطع) يقابلهما في (ز): (وقطع).

(5) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/255.

(6) في (ز): (العض).

(7) في (ب): (فتلة).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 395.

وهذا الذي ذكر فيهما، قال اللخمي: هو[1] قول ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب، وقال مطرف في "الثمانية": لا يعتقان، والأول أحسن إذا كان ذلك شيئًا لا يعود إلى هيئته، وإن كان يعود لم يعتق، ويمنع السيد من إخراج العبد للتصرف حتى يعود إلى هيئته[2].

وفي اقتصار المصنف على وصف الجارية بـ(رَفِيعَة)، والعبد بـ(تاجِر) تقصير، والتقصير في[3] وصف العبد أظهر، وأظنه تبع عبارة اللخمي، وإلَّا فعبارة ابن الماجشون على ما نقل في "النوادر" وغيرها أشد من عبارة المصنف.

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: وقال ابن الماجشون عن مالك: ليس حلق الرأس واللحية مثلة إلَّا في العبد التاجر النبيل الوجيه اللاحق بالأحرار في هيئته، فإِنَّ حلق هذا مثلة، وكذلك الأمة الرفيعة الفارهة[4] الباهية يحلق سيدها رأسها[5].

وما أعطاه مفهوم كلامه من أن غير الرفيعة والتاجر لا يعتق بحلق الرأس واللحية هو مفهوم الحصر في كلام ابن الماجشون وهو نص اللخمي.

وقال ابن عبد السلام: ليس ذلك مثلة فيهما بلا خلاف[6].

قلتُ: وظاهر "المدونة" أن[7] ذلك ليس بمثلة في الوغد والعلي.

قال في "التهذيب": وإن جزَّ رؤوس عبيده ولحاهم فليس بمثلة[8].

ابن يونس: عن ابن المواز: وقال ابن وهب: ولكن يؤدَّب في العبد والجارية، وقد نهى رسول الله ﷺ أن تحلق المرأة شعرها، وقال: إنها مثلة[9].

---

(1) في (ز): (هذا).

(2) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا):3853/7.

(3) كلمتا (والتقصير في) يقابلهما في (ب): (والتقصير والتقصير على).

(4) في (ب) و(ع2): (الرفيهة) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا):5 /475.

(6) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 125/17.

(7) كلمة (أن) ساقطة من (ز).

(8) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 256/2.

(9) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا):5 /475.

=

قلتُ: ومقتضى تسميتها في الحديث «مثلة» العتق بها إلَّا أن يقال: إنما يعتق بالمثلة الخاصة.

وزاد في "النوادر" عن ابن وهب: أدِّب إن كان على الغضب، وإن كان لقروح ونحوه فلا شيء عليه[1].

وقوله: (أَوْ وَسْمِ...) إلى (غَيْرُهُ) يعني: ومن المثلة التي يعتق بها أن يسم وجه عبده بالنار لا إن وسم غير الوجه بالنار كالذراع أو غيره فإنه لا يعتق عليه، فالضمير المجرور بـ(غَيْر) يعود[2] على الوجه.

وأمَّا الوسم فيهما فبالنار، وهذا الذي ذكر فيهما[3] لا يوافق نقل أحد ممن يعتمد عليه، والخلل فيه في[4] موضعين:

الأول: اكتفاؤه فيه بمطلق السمة، والمنقول أنها سمة خاصة، وهي أنه كتب في وجهه: آبق أو عبد فلان، وهذا أشنع من مطلق السمة.

الثاني: نصُّه على أن ذلك الوسم بالنار[5]، وليس في نقل "النوادر" وابن يونس وغيرهما تخصيص النار كما تراه؛ نعم لمَّا ذكروا من[6] فَعَل ذلك فهم ابن شاس[7] تبعًا للخمي أن الأول بالنار فقال: يعني: بالنار[8]، وتبعه ابن الحاجب على

= والحديث ضعيف، رواه الترمذي في باب ما جاء في كراهية الحلق للنساء، من أبواب الحج، في سننه: 248/3، برقم (914).

والنسائي في باب النهي عن حلق المرأة رأسها، من كتاب الزينة، في سننه: 130/8، برقم (5049) كلاهما عن علي رضي الله عنه.

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 394/12.

(2) في (ب): (يعوذ).

(3) كلمة (فيهما) ساقطة من (ز).

(4) كلمة (في) ساقطة من (ب).

(5) كلمة (بالنار) يقابلها في (ب): (في النار).

(6) كلمتا (ذكروا من) يقابلهما في (ز): (ذكر).

(7) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1191/3.

(8) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3852/7.

ذلك[1]، ودرج على طريقهم المصنف.

قال ابن يونس -ومثله في النوادر[2] -: قال أصبغ فيمن وسم وجه عبده أو جبهته، فكتب فيه آبق: إنه يعتق عليه، وقاله ابن وهب وأشهب.

قال أصبغ: ولو فعل ذلك في ذراعيه، أو في باطن جسده؛ لم يعتق عليه بخلاف الوجه.

وقال عبد الحكم بن الحسن عن ابن وهب في العبد يُعْرَف بالإباق فوسم سيده في وجهه: عبد فلان؛ قال: يعتق عليه، ولو وسم بمدادٍ وإبرة[3] كما يفعل الناس؛ عتق، وقال أشهب: لا يعتق عليه.اهـ[4].

وزاد ابن شاس في توجيه قول أشهب هذا: إن ذلك قد يفعل للجمال[5]، ولعلَّه[6] -والله أعلم- من هنا فهم أن الأول بالنار.

وقال اللخمي في[7] قول أشهب: رآه خفيفًا، وقد ذكر أنه ربما عمل له ما يزيله[8].

وإلى ما حكى ابن الحسن عن ابن وهب من قوله: (ولو وسمه بمداد) وعن أشهب أشار المصنف بقوله: (**وفِي غَيْرِها فِيهِ قَوْلانِ**) أي: وفي غير النار إن وسم به في الوجه قولان، فالضمير المؤنث المجرور بـ(غَيْر) عائدٌ على النار، والمجرور بـ(فِي) عائدٌ على الوجه.

وإنما حكى المصنف هنا قولين؛ لعدمِ اطلاعه على أرجحية منصوصة كما

---

(1) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 789/2.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12 /394.

(3) ما يقابل كلمة (وإبرة) بياض في (ز).

(4) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا):5 /475.

(5) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1191/3.

(6) كلمة (ولعله) ساقطة من (ز).

(7) في (ز): (من).

(8) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3852/7.

شَرَط في[1] خطبته، / والذي تميل إليه النفس نقلًا ونظرًا رجحان العتق. [ز:713ب]

فإن قلتَ: ولعلَّ المصنف إنما اعتمد على مطلق وسم الوجه بالنار على "المدونة" فإنَّ مطلق الحرق بالنار عنده كافٍ.

قلتُ: يمنع من ذلك تفصيله بين الوجه وغيره، ومذهبها أن الإحراقَ مُطْلَقًا؛ أي: في سائر الجسد مثلة؛ لقوله في "التهذيب": أو أحْرَقَ شيئًا من جسده[2] بالنار على وجهِ العذاب[3].

وقال بعد هذا: وكذلك قال مالك في امرأةٍ كوت فرج أمتها بالنار، فإن كان على[4] وجه العذاب وانتشر[5]، وساءت منظرته؛ عتقت عليها، وإن لم يتفاحش ولم تقبح منظرته، لم تعتق[6].

وإذا عرفت أن هذا مذهبها عَلِمْت أن قوله: (لا غَيْرِهِ) خلاف مذهبها، وإنما هو مذهب أصبغ وابن وهب، وأشهب كما تقدَّم، وهذا استدراكٌ آخر عليه، وكان من حقِّه إذا لم يتبعها أن يرجح بمذهبها لزوم[7] العتق بالسمة في غير الوجه، ولا يحكي قولين.

نعم، قال عياض: لم يُشترط في حرق[8] الجسد الانتشار والقبح كما شُرِط في كي الفرج فهل يحمل عليه، ويكون وفاقًا؟ وهو الأشبه أو يكون خلافًا؟ ويكون راعى الكي مطلقًا للنهي عن التعذيب بعذاب الله[9].

---

(1) عبارة (كما شرط في) يقابلها في (ز): (عليه شرط).

(2) في (ز): (عبده).

(3) عبارة (على وجه العذاب) ساقطة من (ع2).

(4) كلمة (على) ساقطة من (ب).

(5) كلمة (وانتشر) ساقطة من (ز).

(6) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 255 و256.

(7) كلمتا (بمذهبها لزوم) يقابلهما في (ز): (مذهبها للزوم).

(8) في (ز): (عتق).

(9) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 3/1251 و1252.

والقَوْلُ لِلسَّيِّدِ فِي نَفْيِ العَمْدِ لا فِي عِتْقٍ بِمالٍ

يعني: إذا مثل السيد بعبده، وادَّعى السيد أن ذلك صَدَر منه على وجه الخطإ، وقال العبد: بل على وجه العمد؛ فالقول قول السيد.

قال اللخمي: وإلى هذا رجع[1] سحنون بعد أن قال: القول قول العبد وما رجع إليه أحسن؛ لأنَّ الأمر محتمل فيحلف، ولا يعتق العبد، والقولان لسحنون -أيضًا- في اختلاف الزوج والزوجة إن مثل بها، فرجع -أيضًا- إلى أنه يحلف ولا يقتص لها؛ إلَّا أن يكون السيد والزوج معروفَيْن بالجرأة والاستخفاف والأذى؛ فالقول للعبد والزوجة، أو يكون ذلك بالحديد، ويدل الدليل أنه عَمْد فيقتص لها ويعتق، وقال مالك في "العتبية" في الزوج يمثل بزوجته: تطلق عليه.اهـ[2].

ونقل هذا الخلاف -أيضًا- ابن يونس وفي نقلهما معًا زيادة، وأمَّا الطبيب فالقول قوله؛ لأنَّه مأذونٌ له.

وقوله: (**لا فِي عِتْقٍ بِمالٍ**) يعني: وليس القول للسيد إن ادَّعى في عبدٍ أعتقه أنه أعتقه على أن يؤدِّي إليه مالًا، وقال العبد: بل أعتقني على غير مال؛ فإن القول هنا للعبد، ويحلف، وهذا قول ابن القاسم.

والباء في قوله: بـ(**مال**) سببية.

قال في العتق الثاني من "التهذيب": وإذا قال سيد العبد: أعتقته أمس[3] على مال، وقال العبد: على غيرِ مالٍ؛ فالقول قول العبد، ويحلف كما تحلف الزوجة للزوج.

وقال أشهب: القول قول السيد ويحلف هو؛ لأني أقول: لو قال لعبده: (أنت حرٌّ وعليك مائة دينار) لزمه، ولو قال لزوجته: أنت طالق وعليك مائة دينار؛ كانت طالقًا ولا شيء عليها[4].

---

(1) في (ز): (رجح).

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3850.

(3) ما يقابل كلمة (أمس) بياض في (ز).

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 259 و260.

وانظر كلام الأشياخ على هذه المسألة فإن جلبه يطول.

[تكميل العتق]

وبِالحُكْمِ جَمِيعُهُ إنْ أَعْتَقَ جُزْءًا والباقِي لَهُ، كَأَنْ بَقِيَ لِغَيْرِهِ إنْ دَفَعَ القِيمَةَ يَوْمَهُ، وإِنْ كَانَ المُعْتِقُ مُسْلِمًا أَوِ العَبْدُ، وإنْ أَيْسَرَ بِها أَوْ بِبَعْضِها فَمُقابِلُها، وفَضَلَتْ عَنْ مَتْرُوكِ المُفَلَّسِ، وإِنْ حَصَلَ عِتْقُهُ بِاخْتِيارِهِ لا بِإِرْثٍ، وإِنِ ابْتَدَأَ العِتْقَ؛ لا إنْ كَانَ حُرَّ البَعْضِ

هذا الفصل يذكر فيه تكميل العتق على من أعتق جزءًا من عبده، أو أعتق شقصًا له من عبد بينه وبين غيره؛ فإنه يكمل عليه العتق في الصورتين بالحكم، ويدفع قيمة شقص شريكه.

فقوله: (**وبِالحُكْمِ...**) إلى قوله (**لَهُ**)؛ أي: ويعتق على المالك بالحكم لا بنفس عتق الجزء جميع عبده إن أعتق جزءًا منه، وفهم أن هذا الحكم في مالك جميع العبد من قوله: (**إن كان البَاقِي لَهُ**) إن كان الباقي من العبد بعد عتقِ ذلك الجزء ملكًا لمعتق الجزء.

وقوله: (**كَأَنْ بَقِيَ لِغَيْرِهِ**)؛ أي: كما أنه يعتق عليه بالحكم -أيضًا- جميعه إن أعتق جزءًا منه، والجزء الباقي لغيره، وإنما قدم مسألة عتق[1] الجزء من عبد يُمْلَك جميعه لوجهين[2]:

الأول أنها أقل كلام، فأخَّر مسألة المشترك؛ ليتصل الكلام فيها.

الثاني أن مسألة المشترك هي التي وردت فيها الأحاديث، ومسألة المنفرد مقيسة عليها، ولذا أدخل الكاف على مسألة المشترك[3] / كما يقال: النبيذ يحرم كالخمر. **[ز:714/أ]**

والأصل في تكميل العتق عليه إن أعتق جزءًا من عبد يملك جميعه ما في آثار "المدونة" أنَّ رجلًا جاء إلى عمر رضي الله عنه فقال: أعتقت نصف عبدي، فقال عمر: "عتق

(1) كلمة (عتق) ساقطة من (ز).

(2) في (ز): (بوجهين).

(3) عبارة (فيها الأحاديث، ومسألة... مسألة المشترك) زيادة انفردت بها (ز).

عليك كله ليس لله شريك" والرجل صحيح[1].

والأصل في تكميله عليه إن كان الباقي لغيره ما في "الصحيحين" و"الموطأ" من حديث ابن عمر، واللفظ لمسلم عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، ولَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ**»[2].

وفيهما من حديث أبي هريرة قال ﷺ: «**مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي عَبْدٍ، فَخَلَاصُهُ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ**»[3].

ومن "الأم": ربيعة: مَنْ أعتق نصف عبده عتق عليه كله؛ لأنَّ رسول الله ﷺ قضى أنَّ من أعتق نصيبًا لله في عبدٍ؛ قوم عليه، ثُمَّ أعتق كله، وذلك أنه لم يكن ليجتمع في يد رجل عتاقة ورُقّ كلٍّ من قبله حتى تتبع إحدى الحرمتين صاحبتها، والرق أحق أن[4] يتبع العتاقة من العتاقة للرق[5].

وفي المسألة خلاف كثير خارج المذهب حتى قال بعضهم: إنما يعتق عليه المشترك؛ لأنَّ الحديث فيه جاء، ولإفساده على غيره وردَّ ما أشار إليه أهل المذهب من أن عبد نفسه أحرى بالتكميل.

---

(1) انظر: المدونة (صادر/السعادة): 190/3.

(2) متفق على صحته، رواه مالك في باب من أعتق شركا له في مملوك، من كتاب العتاقة، في موطئه: 1121/5، والولاء، برقم (613).

والبخاري في باب إذا أعتق عبدا بين اثنين، أو أمة بين الشركاء، من كتاب العتق، في صحيحه: 144/3، برقم (2522).

ومسلم في كتاب العتق، في صحيحه: 1139/2، برقم (1501) جميعهم عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(3) متفق على صحته، رواه البخاري في باب الشركة في الرقيق، من كتاب الشركة، في صحيحه: 141/3، برقم (2504).

ومسلم في باب ذكر سعاية العبد، من كتاب العتق، في صحيحه: 1140/2، برقم (1503) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(4) في (ز) و(ب): (إذ) وما أثبتناه موافق لما في المدونة.

(5) انظر: المدونة (صادر/السعادة): 190/3.

وأمَّا أن هذا التكميل بالحكم فهو ظاهر الأحاديث المذكورة؛ لكن في النسائي من حديث ابن عمر وجابر: «**مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ فِيهِ شَرِيكٌ، وَلَهُ وَفَاءٌ فَهُوَ حُرٌّ، ويَضْمَنُ نَصِيبَ شُرَكَائِهِ بِقِيمَةٍ لِمَا أَسَاءَ مِنْ مُشَارَكَتِهِمْ وَلَيْسَ عَلَى الْعَبْدِ شَيْءٌ**»[1].

وهذا يقتضي أنه بنفس عتق الجزء يكون حرًا، وظاهر كلام المصنف افتقاره إلى الحكم وإن كان جميعه للمعتق، وهو كذلك على ما صحَّح اللخمي، ولو[2] كانت الأحاديث إنما هي في المشترك.

قال اللخمي: واختَلَفَ فيه قول مالك، والأحسن توقُّفه على الحكم؛ لقوله ﷺ: «**قُوِّمَ... وَأُعْتِقَ**»[3]، وهذا أمرٌ بإيقاع العتق.

فإن قيل: ليس في الحديث أنه رقيق حتى يعتق.

قيل: وليس فيه أنه بعتق الشريك يعتق كله، والأصلُ الرق فلا يعتق إلَّا بلفظ صريح.اهـ[4].

وفائدة الخلاف؛ اختلاف أحكامه قبل الحكم بعتقِه، وتلك الأحكام في فروع كثيرة منع من جلبها الطول.

وقال -أيضًا- اللخمي: والصحيح من المذهب بعد أن يكون جميعه للمعتق إلَّا

---

(1) صحيح، رواه النسائي في باب ذكر العبد يكون بين اثنين فيعتق أحدهما نصيبه، من كتاب العتق، في سننه الكبرى: 31/5، برقم (4942).

وابن حبان في باب أن الشريك إذا أعتق نصيبه، والمعتق معدم لم يكن على العبد شيء، من كتاب العتق، في صحيحه: 156/10، برقم (4317) كلاهما عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(2) في (ز): (وإن).

(3) صحيح، روى أبو يعلى في مسنده: 176/10، برقم (5802).

وابن حبان في باب ذكر البيان بأن المعتق نصيبه من مملوكه، من كتاب العتق، في صحيحه: 155/10، برقم (4316) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، وَأَعْتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ»، وهذا لفظ ابن حبان.

(4) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3781/7.

أن يكون بقيته حرًا إلَّا بعد الحكم.اهـ[1].

وظاهر أنقالهم أن في المسألتين ثلاثة أقوال:

يفتقر التكميل إلى حكم؛ كان الباقي له أو لغيره.

لا يفتقر فيهما،.

يفتقر إن كان الباقي لغيره ولا يفتقر إن كان له، وممن نقل الخلاف هكذا المتيطي، وكلام الشيخ اللخمي[2] لا يَبْعُد منه.

ومسائل "المدونة" تدل أنه لا بد من الحكم، وقال في التكميل على مالك الجميع: ومَنْ أعتق شقصًا من عبدٍ يملك جميعه أو بعض أم ولده؛ عتق عليه باقيهما[3].

ومثله ما تقدَّم أول الباب من قوله: ومن قال لعبده: يدك حرة؛ عتق عليه جميعه[4].

وقال في التكميل على الشريك: ومن أعتق شركًا له في عبد بإذن شريكه، أو بغير إذنه[5]، وهو مليء؛ قُوِّمَ عليه نصيب صاحبه بقيمته يوم القضاء وعتق عليه[6].

وقوله: (**إِنْ دَفَعَ القِيمَةَ يَوْمَهُ**) أي: إنما يعتق عليه جميعه بالحكم إن كان الباقي لغيره بشروط:

الأول: إن دفَعَ المعتق قيمة الشقص الذي لشريكه يوم الحكم والعامل في يومه القيمة، وهو الأظهر.

والضمير المخفوض بـ(**يَوْم**) يعود على (**الحُكْم**).

والحاصل أنه لا يكمل عتق العبد المشترك على معتق نصيبه إلَّا بعد تقويم

---

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3782/7.

(2) كلمة (اللخمي) زيادة انفردت بها (ز).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 239/2.

(4) انظر النص المحقق: 9/ 187.

(5) عبارة (أو بغير إذنه) زيادة انفردت بها (ز).

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 236/2.

نصيب الذي لم يعتق يوم الحكم لا يوم أعتق نصيبه، وبعد دفع تلك القيمة والحكم بالعتق.

فإن قلتَ: لا يصح أن تكون القيمة هي العامل في يومه كما ذكرت؛ لأنها عبارة عن الثمن، وهو ليس بمصدر[1] فلا يعمل.

سلمنا كونه مصدرًا لكنه معرَّف بـ(أل)، وعمله ضعيف، سلمنا عمله لكن إنما يعمل المصدر، وإن لم يكن بحضرة الفعل، وإذا حضر الفعل فالعمل له، كما قال الزمخشري في قوله تعالى /: ﴿ثُمَّ إِذَا دَعَاكُمْ دَعْوَةً مِّنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [الروم:25]: أن عامل ﴿مِّنَ ٱلْأَرْضِ﴾ دعاكم لا دعوة؛ لأنَّه إذا جاء نهر الله بطل نهر معقِل[2]. [ز:714ب]

وهنا كذلك؛ لوجود الفعل، وهو (دَفَع).

قلتُ: القيمة وإن لم تكن مصدرًا إلَّا أن فيها رائحة الفعل؛ لدلالتها على التقويم، والظروف يكفي في عاملها رائحة[3] الفعل، وإنما لم نجعل العمل[4] لـ(دَفَع) ليوافق النصوص؛ ألا ترى[5] إلى قوله في "المدونة": قيمته يوم القضاء[6].

واحترز بذلك عن قول من يقول: (بقيمته يوم العتق) كالشافعي القائل بالسراية، ومن وافقه من المالكية، ويدل عليه من كلام المصنف أنه لو أراد تعلقه[7] بـ(دَفَع) لأولاه[8] إياه مع أنه لا معنى لاشتراطِ الدفع يوم القضاء، ولو كان كذلك لدلَّ الكلام بمفهوم الظرف أنه لو حكم عليه بالقيمة ثُمَّ لم يدفعها يوم الحكم؛ بل دفعها في غده مثلًا لما عتق جميع العبد؛ لفوات شرطِه، وهو الدفع[9] يوم الحكم، وهذا شيء لا

---

(1) كلمة (بمصدر) زيادة انفردت بها (ز).

(2) انظر: تفسير الزمخشري: 476/3.

(3) عبارة (لدلالتها على التقويم، والظروف يكفي في عاملها رائحة) زيادة انفردت بها (ز).

(4) في (ز): (العامل).

(5) كلمة (ترى) ساقطة من (ز).

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 236/2.

(7) في (ز): (تعليقه).

(8) في (ع2): (والاه) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(9) كلمة (الدفع) ساقطة من (ز).

أظن أحدًا يقوله.

فإن قلتَ: إن المصنف لا يعتَمِد على مفهوم الظرف فلا يتوهم ما ذكرت.

قلتُ: صحيح، لولا أنه في سياق الشرط فصارَ المفهوم بالأخيرة إلى الشرط الذي يعتمده، ثُمَّ نصوص المالكية قلَّ أن تجد فيها النص على اشتراط دفع القيمة في حصول العتق، وإنما يشترطون التقويم والحكم بالعتق، ويعتق العبد وإن لم يقبض الشريك الثمن؛ بل يتبع به ذمة المليء.

وإنما ذكر هذا الشرط عبد الوهاب، ونقله عنه ابن شاس[1]، واتبعه ابن الحاجب[2]، والمصنف.

ونصُّه في "المعونة": وإنما شَرطْنا في إعتاقِ حصة الشريك أخذه القيمة؛ لقوله ﷺ: «قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَأُعْطِيَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُمْ، وَعَتَق»[3]، فشرط ﷺ في عتقه أن يقوَّم، وأن يدفع إلى الشريك، ولأَنَّ تصرف الإنسان في ملكه لا يسري إلى ملك غيره كالبيع، ولأن التقويم لإزالة ضرر الشركة[4]؛ كالشفعة، وملك المشتري لا يزول عن الشقص إلَّا بعد قبض الثمن فكذا العتق. انتهى وفيه بعض اختصار[5].

وأنت ترى أن اعتمادَه فيما ذكر من اشتراط دفع الثمن إنما هو الاستدلال، وليس في الحديث دليلٌ على ذلك؛ لأَنَّ العطف فيه بالواو وهي لا تقتضي الترتيب؛ نعم في أبي داود: «ثُمَّ عتق»[6]، وبه يَتِم استدلاله؛ لأَنَّ العتق معها يكون بعد الإعطاءِ.

---

(1) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1185/3.

(2) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 785/2.

(3) تقدم تخريجه. انظر النص المحقق: 9/ 237-238.

(4) في (ز): (الشريك).

(5) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: 357/2.

(6) صحيح، روى أبو داود في باب فيمن روى أنه لا يستسعى، من كتاب العتق، في سننه: 25/4، برقم (3947) عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النَّبِيِّ ﷺ قال: «إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا يُقَوَّمُ عَلَيْهِ قِيمَةً لَا وَكْسَ، وَلَا شَطَطَ ثُمَّ يُعْتَقُ».

وقوله في الشفيع: (لا يملك إلَّا بتسليم الثمن) ليس بالمتفق عليه في المذهب؛ بل بذلك أو بالإشهاد أنه أخذ أو بالقضاء، وللمسألة شبه بمسألة ما إذا أبى كل من المتبايعين من التسليم حتى يقبضه الآخر.

وليس في عبارة القاضي وابن شاس وابن الحاجب إلَّا اشتراط أن العتق لا يكون إلَّا بعد دفع القيمة لا أنه يشترط في العتق الدفع يوم الحكم، فلا يعمل (دَفَع) من كلام المصنف في (يَوْمَه) بحال.

وهذا الذي ذكر من أن التكميل في العبد المشترك لا يكون إلَّا بالحكم بعد التقويم وبعد دفع القيمة على ما زاد القاضي، قال عبد الوهاب: هو أظهر الروايتين[1].

ويعني أن الرواية الأخرى هي العتق بالسراية؛ أي: بنفس عتق الشقص يكون الجميع حرًّا ولا يفتقر إلى حكم.

ونقل هذا القول عن المذهب غير واحد كالمازري في "المعلم"[2]، والقاضي في "الإكمال"[3]، وتقدَّم كلام اللخمي[4].

وهذا القول ينقله قدماء المالكية عن أهلِ العراق، وفي "النوادر" عن الكوفيين[5]، وزاد ابن الحاجب قولًا ثالثًا، وهو إن أعتَق أحد الشريكين شقصه خاصة فلا يتكمل إلَّا بما ذكر، وإن أعتق شقصه وشقص غيره كأن يقول له: جميعك حر، فلا يفتقر إلى حكم[6].

قال ابن عبد السلام: وهو بعيد، وفي الرواية دليلٌ عليه، قال في كتاب القذف - يعني من "المدونة"-: وإذا أعتق[7] مليء حصته من أمة فوطئها المتمسك قبل

---

(1) المعونة، لعبد الوهاب: 353/2.

(2) انظر: المعلم، للمازري: 220/2.

(3) انظر: إكمال المعلم، لعياض: 102/5.

(4) انظر النص المحقق: 9/ 367.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 284/12.

(6) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 786/2.

(7) في (ع2) و(ز): (عتق).

التقويم لم يحد؛ لأنَّ حصته في ضمانه.

ثُمَّ قال عن مالك: وإن أعتق المليء جميعها؛ لزم ذلك شريكه.

قال ابن القاسم: ثُمَّ ليس لشريكه عتق حصته.

ولو وطئها بعد علمه بعتق[1] المليء لجميعها؛ لحُدَّ؛ إلَّا إن جهل أن عتقَ الشريك لا يلزمه؛ فلا يحد.اهـ[2].

قلتُ: وظاهر كلام الشيخ أنه لم يرَ القول منصوصًا إلَّا ما يدل[3] عليه نص "المدونة"، وهذا الذي قال من دلالتها على هذا / القول صرَّح به عبد الحق، [ز:715/أ] واعترض المسألة من ثلاثة أوجه تنظر في كتابه، وفي أخذِ هذا القول من هذه المسألة[4] عندي نظر يمنع من ذِكْره الخروج عن المقصود؛ نعم القول رواية، وقول لابن القاسم.

قال في "النوادر" عن ابن حبيب: قال ابن القاسم عن مالك: إن أعتق شريكٌ مليءٌ العبدَ كله؛ لزم شريكه[5].

قال ابن القاسم: ثُمَّ[6] ليس للثاني عتق حصته، وإنما له القيمة يوم العتق لا يوم ينظر فيه بخلاف معتق حصته فإنَّ فيه القيمة يوم الحكم، فلَو ماتَ العبد قبله؛ فلا قيمة.

وقال مطرف وابن الماجشون: إن أعتق المليء جميعه؛ فللثاني عتق حصته، كما لو أعتق شقصه فقط، ولا حد على الثاني إن وطئ قبل التقويم؛ وليعاقب، ولا قيمة على معتق الجميع إلَّا بتقويم الإمام والقيمة يوم الحكم، وإن مات العبد قَبْل فمنهما، وقاله ابن عبد الحكم وأشهب وأصبغ.

---

(1) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (بعلم) وما أثبتناه موافق لما في شرح جامع الأمهات.

(2) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 99/17.

(3) في (ب): (دل).

(4) عبارة (هذا القول من هذه المسألة) يقابلها في (ب): (هذه المسألة من هذا القول) بتقديم وتأخير.

(5) كلمتا (لزم شريكه) ساقطتان من (ز).

(6) كلمة (ثم) ساقطة من (ز).

وأخذ ابن حبيب بقول ابن القاسم إلَّا في الحدِّ فإنه دَرَأه، ولسحنون في كتاب ابنه على قول ابن القاسم: لو أعتق جميعه عن ظهاره(1)؛ أجزأه، وأكثر الرواة على خلافه، ويروا أن للشريك أن يعتق أو يُقَوِّم، وقاله أشهب. انتهى نقل "النوادر"(2).

وتأمل نقل ابن الحاجب فإنه مخالف(3) لنقل ابن شاس.

وقوله: (وإِنْ كانَ...) إلى (العَبْد) أي: والشرط الثاني في التكميل على من أعتق شقصًا من عبد مشترك أحد أمرين أن يكون المعتق مسلمًا، أو يكون العبد مسلمًا.

فإن كان المعتق مسلمًا؛ كمل عليه العتق وإن كان العبد كافرًا؛ وسواء كان الشريك الذي لم يعتق مسلمًا أو كافرًا، وإن كان العبد -أيضًا- مسلمًا كمل على معتق الجزء منه، وإن كان كافرًا كيفما كان المتمسك -أيضًا- ومفهوم الشرط في كلامه يقتضي أن المعتق والعبد إن كانا كافرين فلا تقويم كيف ما كان الشريك المتمسك.

وقال غير ابن القاسم في "المدونة": إن كانا كافرين والمتمسك مسلم؛ قوِّمت حصته(4).

ونصُّ هذه المسألة منها: ابن القاسم: وإذا كان عبد بين مسلم وذمي فأعتق المسلم حصَّته؛ قُوِّمَ عليه كان العبد مسلمًا أو ذميًّا، وإن أعتق الذمي حصته وكان العبد مسلمًا؛ قوم عليه وجبر على عتق جميعه، وإن كان كافرًا؛ لم يقوم عليه حصة المسلم؛ لأنَّ العبد لو كان جميعه للنصراني فأعتقه أو أعتق بعضه؛ لم يحكم عليه بعتقه، وقال غيره: يُقَوَّم عليه حصة المسلم.اهـ(5).

أمَّا العتق على المسلم؛ فلعمومِ الحديث، وأمَّا التقويم على الكافر إذا(6) كان

(1) في (ز): (ظاهره).
(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 285.
(3) في (ز): (خلاف).
(4) في (ب): (صحته).
(5) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 236.
(6) في (ز): (إن).

العبد مسلمًا فلأنَّه حكم بين مسلم وذمي فيُحْكَم بحكم الإسلام.

قال اللخمي: ولمالك في "المختصر": لا يقوَّم ويلزمه عتق نصيبه، وهو أحسن؛ لأنَّه لم يلتزم غيره، والاستكمال شَرْعٌ، وهو لا يخاطب به إلَّا بعد الإسلام، كما لو أعتق بعض عبد يملك جميعه، فإنه لا يكمل عليه، والغير إنما قال: (يقوم) ولم يقل: (يستكمل) ومحمل ذلك إذا كان العتق يعيب الباقي عيبًا كبيرًا فيقوم لحقِّ الشريك، ولا يعتق.اهـ[1].

كذا فهم اللخمي قول الغير في "المدونة"، وهو محتمل لما ذكر؛ إذ لم يصرح بتكميل العتق.

ولفظ "النوادر" -أيضًا- محتمل فإنه قال في عبد نصراني بين مسلم ونصراني يعتق النصراني: لا يقوَّم عليه عند ابن القاسم، وقاله[2] أشهب في كتاب محمد.

وقال مطرف وابن القاسم في كتاب ابن حبيب: يقوم على من أعتق منهما، وبه قال ابن المواز وابن حبيب.اهـ[3].

ولقائل أن يقول: عبارة "النوادر" تقتضي التكميل؛ لأنَّه سوَّى[4] في التكميل[5] التقويم بين المسلم وغيره وهو في المسلم للتكميل، فليكن[6] كذلك في غيره وإلَّا كان استعمالًا للفظ المشترك في معنَيَيه وهو ممتنع، وفيه نظر؛ لجوازِ هذا الاستعمال مجازًا.

وقوله: (وإِنْ أَيْسَرَ...) إلى (مُقابِلُها) أي: والشرط الثالث في التكميل أن يكون معتق الشقص موسرًا بقيمة الباقي، فإن كان موسرًا بها كلها؛ عتق الجميع[7]، وإن كان

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/3792 و3793.

(2) في (ز): (وقال).

(3) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 307.

(4) ما يقابل كلمة (سوى) بياض في (ز).

(5) كلمة (التكميل) ساقطة من (ز).

(6) ما يقابل كلمة (فليكن) بياض في (ز).

(7) في (ز): (جميعه).

موسرًا ببعضها؛ عتق من الباقي ما يقابل ذلك، وبقي الباقي رقيقًا.

ومفهوم هذا الشرط يقتضي أنه إذا كان معسرًا بجميع القيمة؛ أنه لا يُقَوَّم عليه ويتبع ذمته؛ بل يسقط عنه التقويم مهما كان معسرًا يوم الحكم، ولو أيسر بعد ذلك، وكذا إن أعسر بالبعض[1] ويبقى بعض العبد حرًّا وبعضه[2] رِقًّا.

فقوله: (وإِنْ أَيْسَرَ بِها) معطوف على (إِنْ دَفَعَ)، كما أن قوله: (وإِنْ كانَ) كذلك، وضمير / (بِها) عائدٌ على القيمة. [ز:715ب]

وقوله: (أَوْ بَعْضِها) فيه العطف على الضمير المخفوض من دون إعادة الخافض، ويكون العطف بـ(أَوْ)، ويكون التقدير (أو إن أيسر ببعضها).

وقوله: (فَمُقَابِلُها) أي: فيعتق مقابلة ذلك البعض الذي هو موسر به، فضمير (مُقَابِلُها) يعود على قيمة البعض، ولو ذكر الضمير ليعود على البعض لكان أَوْلى، كما أنه لو عطف بالواو لكان أسهل.

وظهر لك أن قوله: (فَمُقَابِلُها) راجع إلى قوله (أَوْ ببَعْضِها)، ولا يبعد رَدُّه إلى قوله: (بِها، أَوْ بَعْضِها) معًا؛ لأنَّ العتق من العبد مقابل ما في يده من القيمة؛ إمَّا جميع الباقي أو بعضه.

وتلخيص كلامه: وإن أيسر بها؛ فجميعه حر، وإن أيسر ببعضها؛ فمقابل قيمة ذلك البعض من الباقي حر، والمعتبر في هذا اليسر أو العسر يوم الحكم، يدلُّ عليه من كلامه ما تقدَّم مِن أَنَّ المعتبر قيمة الشقص يوم الحكم.

قال في "المدونة" في هذه المسائل: ومن أعتق شريكًا له في عبد بإذنِ شريكه أو بغير إذنه، وهو مليء؛ قُوِّمَ عليه نصيب صاحبه بقيمته يوم القضاء وعتق عليه، وإن كان عديمًا لا مال له؛ لم يعتق عليه غير حصته، ونصيب[3] الآخر رِقٌّ له، وإن كان مليًّا بقيمة بعض النصيب؛ قُوِّمَ عليه منه بقدرِ ما معه، ورُقَّ بقية النصيب لربِّه.

---

(1) في (ع2): (بالعبد).

(2) كلمتا (حرًّا وبعضه) يقابلهما في (ز): (أو بعضه).

(3) عبارة (غير حصته، ونصيب) يقابلها في (ز): (نصيب).

ثُمَّ قال في أن المعتبر في اليسر يوم القيام: وإن أعتق في يسره ثُمَّ قيم عليه في عسره فلا شك أنه لا تقويم عليه.

وقال في العكس: وإن أعتق معسر[1] شقصًا له في عبد فلم يقم عليه حتى أيسر، فقال[2] مالك قديمًا: إنه يقوم عليه، ثُمَّ قال: إن كان يوم أعتق يعلم الناس والعبد والمتمسك بالرق أنه إنما ترك القيام؛ لأَنَّه إن خوصم[3]لم يقوَّم عليه لعدمه فلا يعتق عليه، وإن أيسر بعد ذلك.

وأمَّا لو كان العبد غائبًا فلم يقدم حتى أيسر المعتق لنصيبه لقوِّم عليه بخلاف الحاضر، وإن أعتق في يسره فلم يطالب حتى أعسر ثُمَّ أيسر فقام شريكه حينئذ؛ قُوِّم عليه.اهـ[4].

فهذه المسائل كلها تدل على أن المعتبر في اليسار والإعسار يوم الحكم.

قال اللخمي: وقول مالك[5] الذي رجع إليه أحسن الحديث.

فإن قلتَ: لا حاجة إلى اشتراط المصنف أن يكون موسرًا بها، فإنه يغني عنه قوله: (**إِنْ دَفَعَ القِيمَةَ يَوْمَهُ**) فإنه لو لم يكن موسرًا بها ما دفعها، وكان حقُّه أن يقتصِرَ على ذكر اليسار بالبعض؛ لأنَّ الذي يفهم من قوله: (**إِنْ دَفَعَ القِيمَةَ يَوْمَهُ**) إنما هو جميعها فيحتاج الآن إلى التنصيص على ما إذا كان موسرًا بالبعض خاصة.

قلتُ: هو كذلك لا حاجة إلى ذكر اليسار بجميعها مع ما تقدم إلَّا أن يكون ذكر اليسار بجميعها توطئة لليسار ببعضها وليبين ما هو اليسار[6] بها وذلك قوله: (**وفَضَلَت...**) إلى (**المُفَلَّس**)؛ أي: إن المعتبر في كونه موسرًا بقيمته شقص المتمسك أن تكون تلك القيمة قد[7] فضلت؛ أي: زادت على القدر الذي يترك للمفلس؛ لأنَّ

---

(1) كلمة (معسر) ساقطة من (ز).

(2) في (ز): (وقال).

(3) ما يقابل كلمة (خوصم) بياض في (ز).

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 237.

(5) كلمة (مالك) ساقطة من (ز).

(6) عبارة (بجميعها مع... ما هو اليسار) ساقطة من (ز).

(7) كلمة (قد) ساقطة من (ز).

معتق الشقص لمَّا ترتَّب في ذمته قيمة شقص شريكه بالنسبة صار مديانًا بها، فيباع عليه فيها ما يُباع على غيره من الغرماء، وذلك ما يفضل عن كسوته التي لا بد له منها، وعيشه الأيام.

والظاهر أن (**فَضَلَت**) معطوف على (**دَفَع**)، أو على ما عطف عليه من أفعال الشرط، وفاعله ضمير (**الْقِيمَة**) فيكون شرطًا رابعًا في التكميل؛ أي: ولا يشترط في يسره بالقيمة القدرة عليها مطلقًا؛ بل حتى تفضل عن كذا، ويضعف جعله حالًا من (**بِها، أَوْ بَعْضِها**) لأجل الفصل بالجواب.

قال في "المدونة": ويباع عليه في ذلك شوار بيته والكسوة ذات البال، ولا يترك له إلَّا كسوته التي لا بد له منها، وعيشه الأيام[1].

وفي "الواضحة": الأيام هو الشهر ونحوه.

وقال في زكاة "المدونة" فيما يترك للمفلس: ما يعيش به هو وأهله[2].

وقال عبد الحق: شكَّ مالك هل يترك للمفلس كسوة زوجته، وقال سحنون: لا تترك.

وفي "النوادر": قال ابن الماجشون: ولا تجعل القيمة في مدبريه أو معتقيه إلى أجل، وتجعل في دينه على مليء حاضر وأمره قريب، وتتبع ذمته، ولا تجعل فيما لا يرجى من دينه[3].

وانظر اللخمي ففيه شيء من فروع هذه المسألة، وتأمَّل قول ابن الماجشون: (وتتبع ذمته) هل هو معارض لاشتراط عبد الوهاب دَفْع القيمة أم لا؟

وفي "النوادر": قال أشهب في كتاب محمد: إنما يترك له ما يواريه لصلاته[4].

وقوله: (**وإِنْ حَصَل...**) إلى (**بِإِرْث**) هذا شرط خامس للتكميل على معتق الجزء[5]، وهو أن يكون عتقه للجزء باختيار منه، فلو عتق عليه ذلك الجزء وجوبًا

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 237/2.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 194/1.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 286/12 و287.

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12 /286.

(5) كلمة (الجزء) ساقطة من (ز).

كما لو ورث نصفًا من عبدٍ يعتق عليه بالقرابة، فإنه يعتق عليه ولا يكمل عليه عتق النصف الباقي إن كان لغيره؛ لأنَّه لم يَتَسَبَّب في إفساد على شريكه.

وضمير (اخْتِيارِه) عائدٌ على (المُعْتِقُ)، وضمير (عِتْقُه) إمَّا عليه -أيضًا- فالمصدر مضاف للفاعل، وهو الأظهر، وإمَّا على (العَبْدُ) فهو مضاف للمفعول.

وتقدَّم في فصل العتق بالقرابة نص"المدونة" فيما يشبه هذه الأحكام مِنْ أن شرط التكميل أن يحصل عتق الجزء باختيار المعتق، ولم أرَه منصوصًا في هذا الفصل إلا لابن شاس وابن الحاجب؛ نعم الفقه في مسائل العتق[1] بالقرابة وهذا الباب واحد، وزاد ابن شاس وابن الحاجب على اختياره أو بسببه، ومثلا السبب باشتراء نصف قريبه أو إيهابه فرجعا[2] إلى مسائل القرابة.

وقوله: (لا بِإِرْث) يعني[3]: ولا يكمل عليه الباقي إن كان الموجِب لعتقِ الشقص الإرث كما لو ورث نصف قريبه كما مثَّلنا.

قال في آخر العتق الأول من "المدونة": وأمَّا من ورث شقصًا ممن يعتق عليه، فلا يعتق إلَّا ما ورث فقط، ولا يُقَوَّم عليه بقيته[4]، وإن كان مليًّا؛ لأنَّه لا يقدر على دفع الميراث.اهـ[5].

فمفهوم العلة، وقوله في المكان المذكور قبل هذا: (أو ملكه بأمر لو شاء أن يدفعه عن نفسه فعل، فإن هذا يعتق عليه ما ملك منه، ويقوم عليه بقيمته إن كان مليًّا[6]) يدلان على صحة ما ذكروه من هذا الشرط.

وقوله: (وإِنِ ابْتَدَأَ...) إلى (البَعْضِ) شرطٌ سادس في التكميل، وهو آخرها بحسب مقصِدِه؛ أي: ومن شروط التكميل أن يكون المكمل عليه هو الذي ابتدأَ عليه

---

(1) عبارة (التكميل أن يحصل... مسائل العتق) زيادة انفردت بها (ز).

(2) في (ز): (يرجع).

(3) في (ب): (أي).

(4) في (ز) و(ع2) و(ب): (بقيمته) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 241/2.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 241/2.

الجزء في ذلك العبد.

وقوله: (لا إِنْ كانَ)؛ أي: ولا يكمل عليه إن أعتق منه[1] جزءًا، وقد كان العبد عتق منه قبل هذا العتق جزء، وهذا معنى قوله: (حُرَّ الْبَعْضِ)، واسم (كَانَ) ضمير يعود على (العَبْدُ).

ويتصور ذلك بأن يرث شخص بعض قريبه فيعتق عليه، ثُمَّ يبقى البعض الرقيق بين رجلين، فإِنْ أعتق أحدهما نصيبه لم يكمل عليه نصيب شريكه الباقي؛ لأنَّه أعتق جزءًا من عبده كان بعضه حرًّا، وإنما لم يعتق عليه؛ لأنَّه لم يبتدِ[2] فسادًا، وتتصور - أيضًا- في عبد بين ثلاثة، أعتق أحدهم نصيبه وسقط عنه التقويم؛ لإعساره، فإِنَّ مَنْ أعتق من الباقين لا يكمل عليه[3].

قال في "المدونة": ولو كان العبد لثلاثة نفر فأعتق أحدهم نصيبه ثُمَّ أعتق الآخر نصيبه وهما مليئان؛ فليس للباقي أن يضمن إلَّا الأول، فإن كان الأول عديمًا؛ فلا[4] تقويم على الثاني، وإن كان موسرًا؛ إذ لم يبتدِ فسادًا[5].

وقُوِّمَ عَلَى الأَوَّلِ، وإلَّا فَعَلَى حِصَصِهِما إنْ أَيْسَرا، وإلَّا فَعَلَى المُوسِرِ

يعني: إذا كان عبد بين ثلاثة فأعتق اثنان حصتهما على الترتيب، فتقويم شقص المتمسك على المعتق أولًا وحده؛ لأنَّه الذي ابتدأ الفساد، ولا شيء على المعتق الثاني وإن كان موسرًا.

وقوله: (وإلَّا)؛ أي: وإن لم يعتقا على الترتيب؛ بل أعتقا دفعة فتقويم ما بَقِيَ عليهما معًا على قدر حصصهما لا على عدد رؤوسهما، فإذا كان لأحدهما نصفه وللآخر ثلثه؛ فقيمة السدس الباقي بينهما على خمسة ثلاثة أخماسها على صاحب النصف، وخمساها على صاحب الثلث، وهذا إن كانا موسرين بقيمةِ الشقص الباقي،

(1) كلمة (منه) زيادة انفردت بها (ز).

(2) في (ز): (يقدر).

(3) كلمة (عليه) ساقطة من (ز).

(4) كلمة (فلا) ساقطة من (ز).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 237/2.

وإلى هذا الشرط أشار بقوله: (إِنْ أَيْسَرا) أي: إنما يُقَوَّم عليهما معًا في عتقهما دفعة إن كانا موسرين.

وقوله: (وإلَّا)؛ أي: وإن لم يكونا موسرين؛ بل كان الموسر أحدهما والآخر معسر؛ فعَلَى الموسر يُقَوَّم جميع الشقص الباقي ولا شيء على المعسر.

وفهم أن كلامه في عتق المتعددين[1] من قوله: (عَلَى الأَوَّلِ) فإنه لا يصح هذا الكلام إلَّا إذا كان آخر، وتعين أن قوله: (وإلَّا) للمعتقين دفعة من قوله: (عَلَى حِصَصِهِما)، وإن قوله: (وإلَّا) أي: وإن لم يتحقق أُوِّلَ مع التعدد.

وأمَّا قوله ثانيًا: (وإلَّا) فراجعٌ إلى قوله: (إِنْ أَيْسَرا) أي: وإن لم يوسرا مع أن أحدهما موسرٌ، وعلم ذلك من قوله: (عَلَى الْمُوسِرِ)؛ لأنَّ عدم يسرهما أعم من عسرهما أو عسر أحدهما، وهذا كله بَيِّنٌ من كلامه.

أمَّا العتق على الأول؛ فهو / نص "المدونة" المذكور قبل هذا الفصل متصلًا به. [ز:716/أ]

وأمَّا المسألتان بعده فقال فيهما: ولو أعتقا معًا؛ قُوِّم عليهما إن كانا مليئين، وإن كان[2] أحدهما مليًّا والآخر معسرًا؛ قُوِّم جميع باقيه على الموسر.اهـ[3].

قال اللخمي: فإن رَضِيَ المعتق الثاني بالتقويم عليه فذلك له، ولا مقال له؛ لأنَّه لا يستحق الاستكمال وإنما يستحقه العبد، وإذا جاز أن يعتق المتمسك ولا يُقَوَّم؛ جاز أن يستكمل على الأوسط، فإنْ أعسر الأول ففي استكماله على الثاني قولان، والاستكمال لابن نافع وعدمه "للمدونة".

قال ابن نافع: لأنَّ الشركاء لو قالوا: نرضى الضرر، ولا نقوم؛ لم يكن لهم ذلك.

قال اللخمي: وهو أحسن؛ إذ لو كان التقويم لضررِ الشركة لما كمل[4] على مالك[5] الجميع؛ إذ لم يدخل ضررًا على أحد، ولكان لا يقوم للشريك إلَّا للفساد

---

(1) في (ز): (العبدين).

(2) كلمة (كان) ساقطة من (ب).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 237/2.

(4) في (ع2): (قوم).

(5) في (ع2) و(ز): (ملك).

الكثير، أو إن قام به.

قال: والقول بالتقويم على قدرِ الحصص قال به -أيضًا- أشهب في كتاب محمد في "المبسوط" لابن الماجشون يعتق عليهما نصفين؛ لأنَّ إفساد القليل والكثير سواء، ولذا يُقَوَّم على صاحب السدس جميعه لو انفرد بالعتق، ويختلف فيه إن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا.اهـ[1].

وقال ابن يونس: إن أعتق المليان معًا، فقال ابن حبيب: ليس يقوم على أحدهما، وإن رضي، ولو جاز ذلك لجاز بيعه من أجنبيٍّ على أن يعتقه والتقويم على الموسر منهما.

قال سحنون: وقاله أكثر أصحابنا، وقال آخرون -وقاله عبد الملك-: لا يلزم الموسر إلَّا ما يلزمه مع صاحبه.

ثُمَّ قال: إن المغيرة رجع إلى أنه يقوم على المعتقين على عددهم كما لو قتلاه.

سحنون: وقاله عبد الملك، ورواه ابن نافع عن مالك، وهي رواية غير معروفة، وهو قول الشافعي، وبالأول أَخَذَ سحنون[2].

وعُجِّلَ فِي ثُلُثِ مَرِيضٍ أُمِنَ، ولَمْ يُقَوَّمْ عَلَى مَيِّتٍ لَمْ يُوصِ

يعني: إذا أعتق المريض شقصًا له من عبد مشترك أو يملك جميعه، فإن كان ماله مأمونًا لا يخاف عليه التلف كالرَّبع والعقار، وكان ثلث ماله يحمل العبد كله؛ فإنه يكمل عتق عبده عاجلًا، ويعجل عليه تقويم نصيب شريكه، فيخرج جميع العبد حرًّا، ولا ينتظر به الموت، كما يفعل في قرابة المريض؛ لأنَّ مالَه مأمون كما فرض.

فمفعول (عُجِّل) ضمير[3] يعود على عتق جميع العبد المعتق بعضه أو على التكميل؛ أي: وعجل عتق جميعه أو عجل تكميل عتقه.

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3786/7 و3787.

(2) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 405/5.

(3) كلمتا (عُجِّل ضمير) ساقطتان من (ز).

وقوله: (فِي ثُلُث) أي: إنما يكون ذلك التعجيل أو التكميل في[1] مقدار ثلث مال المريض لا في جميعه؛ لأنَّ تبرعات المريض إنما تكون في ثلثه.

وقوله: (أُمِنَ) جملة في موضع الصفة لـ(ثُلُث) أي: ثلث مأمون بقاؤه في العادة إلى موتِ صاحبه، ولا يخاف عليه[2] التلف قبل الموت؛ لكثرته.

فمفعول (أُمِنَ) ضمير الثلث، هذا هو الأظهر، ويجوز أن يكون (أُمِن) صفة لمضاف إلى (مَرِيضٍ) محذوف أي: ثلث[3] مال مريض أمن، فيكون مفعوله ضمير المال، وهذا التقدير أوفق لعبارة غيره، والأول أقل تكلفًا ويضعف أن يكون التقدير (أمن ماله)؛ لأنَّ حذف النائب لا يجوز كحذف الفاعل إلَّا قليلًا.

ومفهومه إن لم يكن الثلث أو المال مأمونًا لما عجل العتق[4]؛ بل يوقف إلى الصحة، فيعتق من رأس المال أو الموت فيكون في الثلث أو ما حمل[5] منه، وهو مفهوم صحيح إلَّا أنه من مفهوم الصفة الذي لم يلتزمه، ولو قال: (إن أمن) لكان أَوْلى باصطلاحه؛ لإفادة حكم المفهوم لزومًا[6].

قال في "المدونة": وإذا أعتق المريض شقصًا له في عبد أو[7] نصف عبد يملك جميعه، فإن كان ماله[8] مأمونًا؛ عتق عليه الآن جميعه[9]، وغرم قيمة نصيب شريكه، وإن كان ماله غير مأمون؛لم يعتق نصيبه ولا[10] نصيب شريكه إلَّا بعد موته فيعتق جميعه في ثلثه، ويغرم قيمة نصيب شريكه، وإن لم يحمله الثلث؛ عتق منه مبلغه ورُقَّ

---

(1) كلمة (في) ساقطة من (ز).

(2) كلمة (عليه) ساقطة من (ز).

(3) في (ب): (ثلثه).

(4) كلمة (العتق) ساقطة من (ز).

(5) في (ز): (يحمل).

(6) في (ز): (وما).

(7) عبارة (في عبد أو) يقابلها في (ز): (من عبد).

(8) كلمة (ماله) زيادة انفردت بها (ز).

(9) كلمة (جميعه) ساقطة من (ع2).

(10) كلمتا (نصيبه ولا) ساقطتان من (ز).

ما بقي، وإن عاش؛ لزمه عتق بقيته[1].

وقوله: (ولَمْ...) إلى آخره يعني: أن مَنْ أوصى بعتقِ شقص له في عبدٍ، ولم يوص بتقويم نصيب شريكه، فإنه إذا مات أعتق الشقص في ثلثه، ولم يقوم نصيب / [ز:716ب] شريكه في بقية الثلث؛ لأنَّ المال ليس للميت، وإنما هو للورثة وهذا معنى قوله: (ولَمْ يُقَوَّمْ عَلَى مَيِّت) أي: ميت أوصى في حياته بعتقِ جزء له في عبد، فحَذَفَ الصفة؛ للعلمِ بها، فإنه إنما يعتق ذلك الجزء إن حمله الثلث أو ما حمل منه، ولا يقوم عليه الباقي؛ لأنَّ المال ليس له.

قال في "المدونة": ولو أوصى المريض بعتق نصيبه بعد الموت؛ لم يقوم عليه نصيب صاحبه كان ماله مأمونًا أو غير مأمون[2].

قال ابن يونس: سحنون: وقاله مالك وأصحابه.

ابن المواز: وذلك أنَّ عتقه لذلك الشقص إنما وَجَبَ بعد موته حين صار ماله لورثته فهو كمن أعتق شقصًا ولا مال له[3].

وقوله: (لَمْ يُوصِ) صفة أخرى للميت الموصي بعتق الجزء؛ أي: ولم يوص بتقويم الباقي، ومفهومه: أنه لو أوصى بذلك لقُوِّم نصيب شريكه في بقية الثلث، والمفهوم صحيح إلَّا أنه -أيضًا- مما لم يلتزمه، وهذا المفهوم ليس في "المدونة"، ونقله ابن يونس، وهو في "النوادر" وغيرها.

ونص "النوادر": ومن كتاب ابن المواز و"العتبية" من رواية أصبغ عن ابن القاسم: مَنْ أوصى بعتق شقصه؛ فلا يُقَوَّم باقيه في ثلثه إلَّا أن يوصي بالتقويم، فيُقَوَّم ويعتق؛ شاء شريكه أو أبى، وقاله[4] أصبغ، ولو كان ذلك في مكاتب لم يكن له ذلك أن ينقل عن شريكه الولاء، وإن رضي الشريك، وقاله أصبغ حتى يعجز ويرق فيعتق على الميت في ثلثه.

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 239.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/239.

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/417.

(4) في (ب): (قاله).

وروى يحيى عن ابن القاسم: مَنْ أوصى أن يعتق ثلث عبده، ويعطى باقي ثلثه؛ فإنه لا يعتق إلَّا ثلثه، ويأخذ بقية وصيته مالًا، ولا يعتق فيه بخلاف أن لو أوصى له بثلث ماله هذا يعتق فيه.اهـ[1].

ففي نقل "النوادر" مسألة المؤلف من قوله: (ولَمْ يُقَوَّمْ) بكمالها وزيادة.

فإن قلتَ: هل يكون قوله: (وعُجِّلَ...) إلى آخره شاملًا لما ذكرنا من مسألة إنشاء المريض عتق الشقص، ومسألة الوصية، وأما[2] إذا أعتق ولم يقم عليه حتى مرض أو مات فإن لفظَه قابِل للحمل على ذلك -أيضًا- وهي مسائل نصها في "المدونة": وإذا أعتق أحد الشريكين حصته من عبد في صحته، فلم يقوم عليه حتى مرض؛ قوَّمنا عليه حصة شريكه في الثلث، وكذلك من أعتق نصف عبده في صحته، فلم يستتم عليه حتى مرض؛ فليعتق بقيته في ثلثه.

قال غيره: لا تقويم لباقيه في الثلث؛ إذ لا يدخل حكم الصحة على حكم المرض.

قالا: وإن لم يعلم بذلك إلَّا من بعد موته، لم يعتق منه إلَّا ما كان أعتق، ولا يقوم على ميت، وكذلك لو فلس.اهـ[3].

قلتُ: لا يصح أن يدخل في كلامه من هذه المسائل إلَّا مسألة ما إذا أعتق فلم يستتمّ عليه حتى مات ولم يكن أوصى بالتقويم، وأمَّا إذا لم يكمل عليه حتى مرض فلا يدخل في كلامه؛ لأنَّه وإن كان يكمل عليه في ثلثه إلَّا أنه لم يشترط في ذلك في "المدونة" كون ماله مأمونًا، والمصنف شَرَطه فلا يتناول كلامه إلَّا ما شرحنا به، ثُمَّ هذا الذي لم يستتم عليه حتى مات فيه خلاف ينظر في المطولات.

وقُوِّمَ كَامِلًا بِمَالِهِ بَعْدَ امْتِناعِ شَرِيكِهِ مِنَ العِتْقِ، ونُقِضَ لَهُ بَيْعٌ مِنْهُ وتَأْجِيلُ الثّانِي أَوْ تَدْبِيرُهُ

يعني: أن العبد الذي أعتق منه الشقص إذا أراد المتمسك تقويم شقصه على

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 295.

(2) في (ع2) و(ب): (ولما) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 238.

المعتق فإنه يُقَوَّم رقيقًا كله، وهذا معنى قوله: (كامِلًا) ومع ماله -أيضًا- إن كان له مال[1]، ويعطى المتمسك[2] في جزئه من تلك النسبة؛ لأنَّ ذلك أحظى لقيمته، ولا يقوم ما بقِيَ فيه خاصة؛ لأنَّ قيمةَ جزء البعض أبخس[3] من قيمة ما جميعه قن.

قال في "النوادر": ومن كتاب محمد: ويقوم إذا أعتق[4] بعضه بقدرِ ما يسوى في مخبرته وصنعته وبماله وبما حدث له بعد العتق من ولد.

وقال محمد وابن حبيب في العبد الزارع تكون قيمته في الفسطاط[5] أقل: فليقوم بموضعه، ولا يجلب إلى الفسطاط، ولمالك إن أعطى فيه ثمن أكثر من القيمة، ثُمَّ أعتق أحدهما نصيبه فعليه في الباقي بنسبة ما أعطى كما لو قتل.

قال ابن أبي زيد: وقال لنا أبو بكر بن محمد: لا يضمن إلَّا القيمة.اهـ[6].

وقيل: إنما يقوم الجزء الباقي خاصة، وقيل: إن أعتق بإذن شريكه فيقوم الباقي وبغير إذنه فالكل / وهذا التقويم الذي يقوم على المعتق إنما هو بعد تخيير المتمسك [ز:717/أ] في أن يعتق نصيبه إن شاء أو تقومه على المعتق، فإن امتنع من العتق تعين التقويم.

وهذا كله على ما تقدم من أن التكميل إنما هو بالحكم، وأمَّا على القول بالسراية فجميعه حر بنفس عتق الجزء، وتتعين للشريك القيمة ولا خيار له في العتق.

قال في "المدونة": وإذا أعتق أحد الشريكين وشريكه غائب، فإن كانت غيبته قريبة لا ضرر على العبد فيها كتب إليه، فإمَّا أعتق أو قوم، وإن بعدت غيبته؛ قوَّمناه على المعتق إن كان مليًّا، ولم ينتظر قدومه.اهـ[7].

ولا فرق في التخيير بين الحاضر والغائب القريب مع أنه نصَّ على ذلك في

---

(1) عبارة (أيضًا إن كان له مال) ساقطة من (ب).

(2) عبارة (تقويم شقصه على المعتق... ويعطى المتمسك) ساقطة من (ز).

(3) في (ز): (المحبس).

(4) كلمتا (إذا أعتق) ساقطتان من (ب).

(5) كلمتا (في الفسطاط) يقابلهما في (ز): (بالفسطاط).

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 322.

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 239.

موضعٍ آخر كما تراه، فالعامل في قوله: (بَعْدَ) (قُوِّم) أي: إنما يكون هذا التقويم بعد امتناع المتمسك من العتق، وأمَّا إن أراد أن يعتق فذلك له.

وقوله: (ونُقِضَ لَهُ...) إلى (مِنْهُ) الضمير في (لَهُ) عائد على التقويم المفهوم من (قُوِّم)، واللام للتعليل وضمير (مِنْهُ) عائد على (العبد) والمعنى إن باع المتمسك نصيبه من العبد أو بعضه[1] بعد عتقِ شريكه؛ نقض ما بيع من العبد للتقويم على الشريك.

وقوله: (وتَأْجِيلُ الثّانِي) أي: ونقض للتقويم -أيضًا- (تَأْجِيلُ الثّانِي) أي: الشريك المتمسك فإنه ثان باعتبار المعتق العتق في نصيبه إلى أجل[2]، فحذف مفعول (تَأْجِيل)، وهو العتق للعلم به، والحاصل أن المتمسك إذا أعتق نصيبه إلى أجل بعد عتق الأول، فإنه ينتقض عتقه المؤجل، ويقوم نصيبه على المعتق، وكذا إن دبر المتمسك نصيبه بعد عتق الأول، فإن التدبير ينقض للتقويم إلَّا أن يبتل الثاني.

وإلى هذا أشار بقوله: (أَوْ تَدْبِيرُهُ)، والظاهر أن الهاء عائدة على (الثّانِي)، و(تَدْبِيرُ) مضاف للفاعل ومفعوله محذوف، وهو نصيبه؛ أي: وينقض للتقويم تدبير الثاني نصيبه بعد عتقِ الأول.

فإن قلتَ: فَلِمَ لم يقل: (بيع وتأجيل وتدبير) فإنه أخصر، ولو لم يضف (البيع) إلى (الثاني) كما في التأجيل والتدبير.

قلتُ: أمَّا إضافة التأجيل والتدبير إلى الثاني فبَيِّن؛ لأنَّه احتراز مما إذا كان العتق[3] إلى أجل والتدبير سابقًا على التبتيل، فإن حكمه سيأتي له، فلا بد من إضافتهما.

وأمَّا البيع فلا مقابل له فلا يحتاج إلى إضافته، ويتعين أن يكون بعد العتق؛ لأنَّ البيع قبل العتق لا يوجب حكمًا في هذا الباب؛ نعم لو حذف منه لكان أخصر؛ إلَّا أن

(1) كلمتا (أو بعضه) يقابلهما في (ز): (وبعضه).

(2) كلمة (أجل) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ع2): (المعتق).

يقال: لو لم يذكره لما علم ما البيع الذي ينقض للتقويم، ولعلَّه في سلعة باعها المعتق قبل العتق أو غير ذلك مما لا يتوهم.

وفائدة (مِنْهُ) -أيضًا- أنه يرد؛ أي بعض بيع منه، أو أي: بعض أعتق إلى أجل، أو أي: بعض دبر، فيكون (مِنْهُ) محذوفة مما بعد (بَيْعٌ).

أمَّا نقض البيع[1]؛ فقال في "المدونة": وإن أعتق أحد الشريكين حصته وهو موسر، ثُمَّ باع الآخر نصيبه؛ نُقِضَ البيع وقوم على المعتق[2].

وظاهرها أن البيع[3] إنما ينتقض للتقويم، ويحتمل أن يكون انتقاضه لفساد البيع؛ لأنَّ المشتري لا يدري على تقدير صحة البيع ما يحصل له هل الشقص أو قيمته، ولذا لا تنقض هبته ولا[4] صدقته، وتكون القيمة للموهوب له أو المتصدق عليه.

وقال الأستاذ أبو بكر الطرطوشي: مقتضى كون المتمسك[5] يصح منه العتق أن يصح بيعه لبقاءِ ملكه عليه، وهذا التفريع بالقول بافتقار التكميل إلى حكم.

واعترض بأن بقاء ملكه لا يستلزم جواز البيع؛ إذ ليس كل ما يملك يباع، والمانع هنا إمَّا الغرر كما قدمنا[6] فيشبه شراء ما فيه خصومة، أو ما تعلق بعين الشقص من حقِّ الله في التقويم.

وأجيب بأن مذهب ابن القاسم في "المدونة" جواز شراء ما فيه خصومة[7]، وبأنَّ حق الله في التقويم لا يسقطه[8] البيع فيُقَوَّم على المشتري.

وتشبه هذه المسألة مسألة آخر العتق الأول: وإن اشتريت أنت وأجنبي أباك في

---

(1) في (ع2): (المبيع).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 238/2.

(3) عبارة (وقوم على المعتق... أن البيع) ساقطة من (ب).

(4) في (ز): (أو).

(5) في (ع2): (المستمسك).

(6) عبارة (إلى حكم... إمَّا الغرر كما قدمنا) ساقطة من (ز).

(7) عبارة (أو ما تعلق بعين... ما فيه خصومة) ساقطة من (ز).

(8) في (ز): (يسقط).

صفقة؛ جاز البيع، وعتق عليك... المسألة(1).

فانظرها وكلام الشيوخ عليها.

قال ابن المواز في مسألة بيع الشقص: لو أعسر المعتق لم يرد البيع؛ إذ لا يرد إلَّا إلى التقويم، ولو لم يرد حتى أعسر ثُمَّ أيسر؛ فلا يرد إلَّا أن يكون عدمه الذي كان ليس بالمنكشف فيرد، فإن فات العبد؛ لم يفسخ بيعه ووجب على المشتري القيمة، وانظر تمام هذه الفروع في "النوادر"(2).

وفي ابن يونس: / وأمَّا نقض العتق المؤجل والتدبير؛ فقال في "المدونة": وإذا أعتق المليء شقصًا له في عبد؛ فليس لشريكه أن يتماسَك بنصيبه؛ أو يعتقه إلى أجل إنما له أن يعتقه بتلًا، أو يقوم على شريكه، فإِنْ أعتق حصته إلى أجل أو دبَّر أو كاتب؛ رُدَّ ذلك إلى التقويم إلَّا أن يبتله. [ز:717ب]

قال غيره: فإن كان الأول مليًّا بقيمة نصف نصيب المعتق إلى أجل قوم ذلك عليه وبقي ربع العبد معتقًا إلى الأجل.

وقال غيره: إذا كان الأول مليًّا، وأعتق الثاني إلى أجل فقد ترك التقويم، ويعجل عليه العتق الذي ألزم نفسه، واستثنى من الرقِّ ما ليس له.اهـ(3).

وقول(4) الغير الأول وفاق، وقول بعضهم: (يحتمل الخلاف) بعيدٌ.

وقال ابن يونس: يريد الغير، وكذلك التدبير والكتابة(5).

وقول(6) الغير الثاني خلاف.

قال بعضهم: وفي معنى التدبير والعتق إلى أجل الكتابة على ما حكاه ابن

---

(1) من قوله: (وقال الأستاذ أبو بكر) إلى قوله: (وعتق عليك... المسألة) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 100/17 و101.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 311/12.

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 402/5.

(4) في (ز): (وقال).

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 402/5.

(6) في (ز): (وقال).

الجلاب.

قال: والظاهر في حقِّ الجاهل مذهب ابن القاسم، وفي العالم قول عبد الملك؛ لأنَّه فرَّ من حكمٍ أوجبه الشرع إلى استثناء ما ليس له من خدمةٍ ومال(1).

ولا يَنْتَقِلُ بَعْدَ اخْتِيارِهِ أَحَدَهُما

لما كان قوله قبل(2): (**بَعْدَ امْتِناعِ شَرِيكِهِ مِنَ العِتْقِ**) يستلزم تخيير المتمسك -كما قدَّمنا- بين عتق نصيبه أو تقويمه ذَكَرَ هنا أن المتمسك إذا اختار أحد الأمرين، فليس له أن ينتقل عنه إذا أراد الانتقال.

قلتُ: أمَّا اختياره أن يقوم ثُمَّ يرجع فمنصوصٌ -كما ترى- وفي قبول رجوعه خلاف.

وأمَّا اختياره أن يعتق ثُمَّ يرجع فقوة كلامهم أنه يلزمه من غيرِ خلاف، وما رأيت فيه نصًّا محررًا، وعندي إن قال: (أنا أعتق) ثُمَّ رجع إلى التقويم؛ أن يجري ذلك على الوعد بالعتق، وتقدَّم حكمه أول الباب، وإن كان اللزوم في هذا الموضع أقوى؛ لأنَّه -أيضًا- وَعَدَ بإسقاط ما وَجَبَ له من القيمة على المعتق(3).

قال في "المدونة": وإن أعتق حصته في يسره فقال شريكه: أنا أُقَوِّم عليه نصيبي، ثُمَّ قال بعد ذلك: أنا أعتق؛ لم يكن له إلَّا التقويم(4).

وفي "النوادر": ومن كتاب محمد: ابن القاسم: إن أعتق شريك فللآخر أن يعتق، أو يقوم.

أشهب عن مالك: إن سكت خمسة أشهر فله العتق بخلاف إن رَضِيَ التقويم ثُمَّ قال: (أعتق) فليس له ذلك، ولابن حبيب عن مالك: لا يقوَّم على الأول حتى يخيَّر

---

(1) من قوله: (قال بعضهم: وفي معنى) إلى قوله: (من خدمة ومال) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام: 111/17.

(2) كلمة (قبل) ساقطة من (ب).

(3) في (ع2): (العتق).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 238/2.

الثاني، فإن أعتق فذاك، وإن أبى قوِّم وإن رجع فذلك له ما لم يقوم، وقاله ابن الماجشون، ورواه ابن القاسم، وابن وهب عن مالك.اهـ[1].

ولا خيار للمتمسك في تركِ الأمرين جميعًا؛ بل يجبر على أحدهما كما يجبر المعتق على التقويم، وكما أنه لا خيار للعبد -أيضًا- في رضاه بالرق.

وإذا حُكِمَ بِبَيْعِهِ[2] لِعُسْرٍ مَضَى، كَقَبْلَهُ ثُمَّ أَيْسَرَ إنْ كَانَ بَيِّنَ العُسْرِ وحَضَرَ العَبْدُ

يعني أن معتق الشقص إذا كان معسرًا حين طلب الشريك التقويم، ثُمَّ باع المتمسك حصته، وحكم له بإنفاذ البيع لعسر المعتق، فإن البيع يمضي ولا يرد ليعسر[3] المعتق بعد ذلك فقوله: (بِبَيْعِهِ) هو على حذف مضاف؛ أي[4]: بإنفاذ بيعه إن وقع لا أنه يقضى على المتمسك ببيعِ حصته كما هو ظاهر لفظه.

وقوله: (لِعُسْرٍ) أي: أمضي البيع لعسرِ المعتق، وفاعل (مَضَى) ضمير البيع.

وقوله: (كَقَبْلَه) الظاهر أن الضمير المخفوض بـ(قَبْل) عائدٌ على الحكم؛ أي: كما يمضى بيع المتمسك نصيبه لعسر المعتق قبل الحكم بإمضاء البيع، ثُمَّ أيسر المعتق بعد ذلك؛ لكن إنما يمضى قبل الحكم للعسر إن كان المعتق بيِّنًا عسره لا يخفى على مَنْ يعرفه، وكان العبد حين بيع جزئه حاضرًا مع المعتق، هذا معنى كلامه فيما يظهر.

ويحتمل أن يكون الضمير المخفوض بـ(قَبْل) عائد على (الْعُسْر) أي: كما يمضى بيع المتمسك نصيبه قبل عسر المعتق بأن يكون حين العتق مليًّا إلَّا أن المتمسك لم يقوم عليه وباع نصيبه، ثُمَّ لم يطلع على ذلك حتى عسر[5] المعتق ثُمَّ

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 285/12 و286.

(2) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (بمنعه).

ابن غازي: فِي النسخ الصحيحة (بِمَنْعِهِ) ضد إجازته، والضمير المضاف إليه عائد عَلَى التقويم.اهـ.

(3) في (ع2): (يعسر).

(4) كلمة (أي) ساقطة من (ب).

(5) في (ز): (أعسر).

أيسر، فإن البيع لا يرد لأجل العسر المتخلل بين اليسارين، وفهم هذا[1] العسر من قوله: (قَبْلَه)، فإنه يقتضي تقدَّم يسر ثُمَّ عسر.

وقوله: (ثُمَّ أَيْسَر) يقتضي اليسر / الأخير، وهذا الوجه أوفق للنقل من الأول[2]. [ز:718/أ]

وقوله: (ثُمَّ أَيْسَرَ؛ إِنْ كَانَ بَيِّنَ العُسْرِ) الظاهر أنه من فَرْض مضي العتق قبل الحكم أو العكس[3]؛ لأنَّه رفع لما يتوهم من أن يقال: إذا لم ينظر فيه حتى أيسر، والمعتبر في اليسر يوم الحكم فينقض[4] البيع، فرَفَع هذا التوهم بما شرط من بيان العسر وحضور العبد قبل الحكم؛ لأنهم لو ترافعوا حينئذٍ لحكم بسقوط التقويم، فيتنزل[5] فعل غير الحاكم في مسألة لم ترفع إليه منزلة فعله هو فيها بعد الرفع، وهو أصل مختلف فيه، ولها غير نظير.

أمَّا ما ذكر من إمضاء البيع بعد الحكم به لأجل العسر فمسألة لا ينبغي أن يختلف فيها؛ لأنَّه حكم حاكم في محل خلاف قوي، ولم أقف على عين المسألة.

وأمَّا المسألة الأخرى فهي ما تقدَّم لنا من كلام ابن المواز عند قوله: (ونُقِضَ لَهُ بَيْعٌ مِنْهُ)، وفي "النوادر" من كتاب ابن المواز بعد أن ذكر أن المصريين والمدنيين رووا عن مالك رد البيع للتقويم.

قال أشهب: إلَّا أن يكون مكشوف العدم الآن، قالوا: وإن كان له مال قوم عليه وعتق، إلَّا أن يكون رفع إلى الإمام فأبطل ذلك عنه.

قال جميعهم: فإن باع في ملأ المعتق فلم يرد البيع حتى أعسر فلا يرد إذ لا يرد إلى تقويم[6].

قال ابن المواز: قال أشهب: ولو لم يرد حتى أعسر المعتق ثُمَّ[7] أيسر فلا يرد إلَّا

---

(1) كلمتا (وفهم هذا) يقابلهما في (ب): (وهذا).

(2) في (ع2): (النقل).

(3) في (ز): (العسر).

(4) في (ع2): (فلينقض).

(5) في (ب): (فتنزل).

(6) في (ب): (التقويم).

(7) عبارة (حتى أعسر المعتق ثُمَّ) ساقطة من (ز).

أن يكون عدمه الذى كان ليس بمنكشف، ولا رفع إلى الإمام، فهذا يرد بيعه، ويقوم بقيمته الآن.اهـ[1].

هذا النقل أنسب لكلام المصنف، وقول أشهب: (إلَّا أن يكون عدمه غير منكشف) يدل على أن ما قال فيه: (لا يرد) هو حيث يكون العسر بينًا، وهو معنى قول المصنف: (**إِنْ كانَ بَيِّنَ العُسْرِ**).

وأمَّا اشتراطه[2] حضور العبد فمن "المدونة" أخذه نصًّا في غير مسألة الحكم إلَّا أنها مساوية لها، ومفهومًا[3] في مسألة الحكم كما تراه، ومما يناسب مسألة الحكم التي ذكر قوله في "المدونة": وإذا أعتق أحد الشريكين وهو معسر، فرفع إلى الإمام، فلم يقوم عليه لعسره، ثُمَّ أيسر بعد ذلك فاشترى حصة شريكه؛ لم يعتق عليه، ولو رفع ذلك إلى الإمام فلم يقوم عليه، ولا نظر في أمره حتى أيسر؛ لقوم عليه.اهـ[4].

فإن قلتَ: قوله: (ولو رفع إلى الإمام... إلى آخره) خلاف ما قال المصنف في المسألة الثانية إذا تخلل العسر قبل الحكم على ما شرحت.

قلتُ: هذا الذي ذكر في "المدونة" على قول مالك القديم، وما ذكر المؤلف على قوله الذي رجع إليه حسبما تقدَّم من نصها عند قوله: (وإن أيسر بها) وممَّا يناسب قوله: (**كَقَبْلَه...**) إلى آخر كلامه.

واشتراط حضور العبد على أنَّ الضمير في (**قَبْلَه**) يعود على العسر[5]؛ لكن[6] في غير مسألة البيع إلَّا أن الحكم واحد.

قوله في "المدونة": وإن أعتق معسر شقصًا... إلى آخر ما جلبناه من نصها عند قوله: (**فَمُقابِلُها**) فراجعه، وفيه اشتراط حضور العبد، وما يعطيه مفهوم الشرط في

---

(1) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 311.

(2) كلمتا (وأمَّا اشتراطه) يقابلهما في (ز): (وأمَّا إن كان اشتراطه) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) في (ب): (ومفهومها).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 239.

(5) في (ب): (العسرة)، وفي (ز): (اليسر) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(6) في (ع2) و(ب): (لأن) ولعل الصواب ما أثبتناه.

قوله: (وحَضَرَ العَبْد) إذ هو معطوف على فعل الشرط فحكمه حكمه من أن العبد إن[1] كان غائبًا حال العسر، ثُمَّ قدم بعد اليسر أن البيع ينقض نص عليه في "المدونة" فقال: وإذا كان المعتق معسرًا والعبد[2] غائبًا فباع المتمسك حصته منه على الصفة وتواضعا الثمن فقبضه المبتاع وقدم به، والمعتق مليء أو لم يقدم إلَّا أن العبد عَلِمَ بموضعه، فخاصم في موضعه والمعتق قد أيسر، فإن البيع ينقض، ويقوم على المعتق[3].

ومثل[4] ما في "المدونة" من اشتراط حضور العبد في غير مسألة البيع[5] نقل صاحب "النوادر" عن مالك في كتاب ابن حبيب.

وقال ابن عبد السلام في قوله في "المدونة": إن أعتق في يسره، ثم قُيِّمَ عليه في عسره؛ فلا شك أنه لا يقوم عليه، هذا قوله في كتاب العتق، وفي كتاب القذف ما يفهم منه الخلاف[6].

قال ابن عرفة: هذا شيء لا أعرفه، وإنما في القذف: إن أعتق أحد الشريكين في الأمة جميعها، وهو مليء فلم يؤخذ بالقيمة حتى أعدم، فإن علم الآخر بعتقه فتركه ولو شاء قام عليه فأخذه بذلك، فتركه؛ فالعتق ماضٍ، ويلزمه نصف القيمة دينًا، وإن كان غائبًا أو لم يعلم بالعتق حتى أعسر المعتق، فهو على حقِّه / منها، وهذا لا يؤخذ [ز:718ب] منه خلاف بوجهٍ؛ لرضا الشريك بإمضاء عتق شريكه؛ لقوله: (فإن علم...) إلى قوله: (دينًا).اهـ[7].

قلتُ: إن سلم أن مراد ابن عبد السلام هذا الفرع، فوجه الأخذِ منه أن يعتق

---

(1) في (ز): (إذا).

(2) كلمة (والعبد) يقابلها في (ب): (أو العبد).

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2 /238.

(4) في (ب): (ومثال).

(5) في (ب): (العبد).

(6) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 94/17.

(7) انظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة: 324/10.

الجميع لا فرق بينه وبين معتق نصيبه في حال المليء؛ لأَنَّ معتق النصيب لمَّا لزمه إعطاء قيمة نصيب شريكه، وأتمَّ العتق ساوى معتق الجميع في إتمامِ عتقه، وإعطاء القيمة لا سيما على القول بالسراية.

وإذا كان العسر المتعقب لليسر لا يسقِط إعطاء القيمة في أحد الفرعين المتساويين، وهو معتق الجميع على ما في القذف؛ لزم أن لا يسقط في مساويه وهو معتق النصيب قول الشيخ في إشارته إلى الفرق بينهما أنَّ مسألة القذف رضي الشريك فيها بالعتق.

قلتُ: لا نسلم أنه رضي؛ بل سكت، والسكوت أعم من الرضا، ولا دلالة للأعم على الأخص المعين، سلَّمنا دلالة السكوت على الرضا بناء على القول بذلك في غير مسألة، لكن إنما يتم الفرق به هنا لو اشترط في "المدونة" في سقوط التقويم في مسألة العتق عدم رضا المتمسك بعدم التقويم، لكنه لم يشترط هناك؛ بل أطلق الحكم فيه، فهو متناول للرضا وعدمه فلا فَرْق بين المسألتين.

سلَّمنا أن سكوته في العتق عن اشتراط عدم الرضا يقوم مقام اشتراطه -وإن كان في غاية الضعف- لكن الرضا وعدمه وفيان طرديان بالنسبة إلى حكم المسألتين، فلا ينبغي التفريق بهما بينهما؛ لأن التقويم على المعتق المليء، لإتمام العتق فيهما من حق الله تعالى؛ رضي الشريك أم لا فإذا أسقط الإعسار الطارئ في أحدهما أسقطه في الأخرى، وإلَّا فلا، والله الموفق بفضله.

لا يقال: يمكن التفريق بينهما بأن معتق الجميع في مسألة القذف رضي تقويم[1] ذمته بقيمة نصيب شريكة، فلا تسقط القيمة عنه بالاعتبار الطارئ، ومعتق شقصه خاصة لم يرض بذلك، وإنما يلزمه ذلك بالحكم به عليه، وهو مشروط باتصال ملئه به من حين العتق، فإذا لم يحكم عليه به حتى أعسر؛ سقط التقويم بفوات شرط الحكم به؛ لأنا نقول: لو صح هذا القول لما كان للشريك في مسألة القذف إن لم يعلم بالعتق إلا اتباع ذمة المعتق حال عدمه لا الرجوع في عين[2] نصيبه، وليس كذلك.

---

(1) ما يقابل كلمة (تقويم) غير قطعي القراءة في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق.

(2) ما يقابل كلمة (عين) غير قطعي القراءة في (ز).

هذا وقد يمكن أن يريد أن ابن عبد السلام أَخَذَ الخلاف من كتاب القذف من غير هذا الفرع كقوله قبل هذا في الشريك يطأ أمة بينه وبين شريكه: وإن حملت والواطئ مليء فلا بد أن تقوَّم عليه يوم حملت... المسألة[1].

فإن ظاهرها أن التقويم لا يسقط عنه بالعدم الطارئ، وتمام الجمع بين المسألتين لا يخفى عليك والله أعلم[2].

وأَحْكَامُهُ قَبْلَهُ كَالقِنِّ

يعني: إن العبد الذي أعتق[3] أحد الشريكين نصيبه منه أحكامه قبل أن يُقَوَّم باقيه على المعتق كأحكام القن الذي لا شيء فيه من الحرية في الشهادة والميراث والحدود وغيرها، وهذا -أيضًا- على ما هو المشهور من افتقارِ التكميل إلى الحاكم.

قال في "المدونة": وإذا أعتق أحد الشريكين وهو معسر، أو كان موسرًا فلم يقوم عليه حتى مات العبد عن مال؛ فالمال للمتمسك بالرِّق دون المعتق ودون ورثة العبد الأحرار؛ لأنَّه بحكم الأرقاء حتى يعتق جميعه[4].

ولا يَلْزَمُ اسْتِسْعاءُ العَبْدِ ولا قَبُولُ مَالِ الغَيْرِ ولا تَخْلِيدُ القِيمَةِ فِي ذِمَّةِ المُعْسِرِ بِرِضا الشَّرِيكِ

يعني: إن كان الشريك المعتق معسرًا بقيمة نصيب شريكه؛ سقط التقويم، وبقي نصيب الشريك رقيقًا كما تقدَّم من نصوص "المدونة" وغيرها مرارًا، ولا يلزم أن يستسعى العبد أي: لا يطلب بالسعاية في تحصيل قيمة ما بَقِيَ منه، ويدفعها لسيدِه المتمسك، ويخرج جميعه حرًّا كما هو مذهب أبي حنيفة وغيره من العراقيين.

وقال بقول مالك في نفي السعاية أحمد وأكثر الحجازيين، وسببُ الخلاف

---

(1) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 268/17.

(2) عبارة (وقال ابن عبد السلام: في قوله... لا يخفى عليك والله أعلم) زيادة انفردت بها (ز).

(3) كلمة (أعتق) زيادة انفردت بها (ز).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 240/2.

[ز:719/أ] اختلاف الأحاديث بزيادة / الاستسعاء وحذفه.

وقوله: (ولا قَبُولُ مالِ الغَيْرِ)؛ أي: ولا يلزم المعتق المعسر أن يقبل من غيره مالًا ليدفعه في قيمة الشقص الباقي لشريكه؛ لأنَّ المديان لا يلزمه قبول هبة؛ ليؤدِّي بها دينه اللازم عليه، وهنا أحرى أن لا يلزمه القبول؛ لأنَّه قبول هبة لتحصيل قربة، وإن قيل: إنه صار دينًا لازمًا؛ لإفساده[1] نصيب شريكه ساوى غيره من الديون.

فـ(قَبُول) مصدر مضاف للمفعول، وفاعله ضميرٌ يعود على المعتق المعسر، ويحتمل أن يكون فاعله ضميرٌ يعود على المتمسك أي: ولا يلزم المتمسك أن يقبلَ مِنْ غير المعتق مالًا في قيمة نصيبه، ويعتق العبد؛ لأنَّ في ذلك جبره على إخراج ملكه من يده لغيرِ من أباح الشرع ذلك له، ويحتمل أن يكون فاعله ضمير العبد؛ أي: ولا يلزم العبد قبول مال الغير ليدفعه[2] فيما بقي من نفسه ليعتق، والوجه الأول أَوْلى، وفي الثاني نظر؛ لأنَّ الحقَّ في الحقيقة لله ثُمَّ للعبد.

وقوله: (ولا تَخْلِيدُ...) إلى آخره؛ أي: ولا يلزم -أيضًا- المعتق المعسر أن يخلد شريكه المتمسك قيمة نصيبه في ذمته بسبب رضا المتمسك بذلك؛ إذ هو من إلزام المفلس أن يستدينَ ولا يلزمه.

أمَّا ما ذكر من أنَّ الاستسعاء لا يلزم العبد؛ ففي "النوادر" من كتاب ابن حبيب: قال مطرف وابن الماجشون عن مالك: فإن كان المعتق عديمًا لم يستسع العبد؛ إلَّا أن يتطوَّع سيده بذلك فذلك له، ولا يُعرَف الاستسعاء ببلدنا، ولا عُمِلَ به عندنا، وليعتق منه ما عتق كما قال النبي ﷺ.

وكذلك لو عرض العبد أن يعطي ماله ويعتق به؛ لم يكن له ذلك، وكذلك مما استفاد من ذي قبل ورواه المصريون عن مالك.

ومن كتاب ابن المواز: أشهب عن مالك: مَنْ أعتق -وهو عديم- شقصه من جارية الوطء، فلا حجة لها إن طلبت إبطال ذلك، ولا لشركائها.اهـ[3].

---

(1) في (ع2): (لإفساد).

(2) في (ز): (ليدفع).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 285 و286.

وأمَّا أنه لا يلزم المعتق المعسر قبول مال الغير على الاحتمال الأظهر في كلام المصنف، وهو الأول؛ فلم أقف عليه منصوصًا في هذا الباب لغير المؤلف، وابن الحاجب(1)، لكنه فقهٌ صحيحٌ.

قال في كتاب التفليس من "النوادر": قال ابن حبيب: وليس لغرماء المفلس أن يجبروه على قبول ما وهب له أو وصل به أو على الأخذِ بشفعته.

ومن "العتبية" روى يحيى عن ابن القاسم: إن تصدَّق عليه أحد بدنانير يؤدِّيها في دينه فأبى قبولها، فلا يجبر على قبول ذلك، قال أصبغ: ولو بذل له رجل سلفًا أو معونة إلى أجلٍ فلا يجبر على قبول ذلك، وهو في المعين أبين، والجواب واحد.اهـ(2).

وأمَّا عدم لزوم تخليد القيمة في الذمة؛ فهو قول غير ابن القاسم في كتاب أمهات الأولاد في أحد الشريكين يطأ أمة بينهما وهو عديم، ونصُّه: وقال غيره: الشريك في عدم الواطئ مخير بين أن يتماسك بنصيبه ويتبع الواطئ بنصف قيمة الولد دينًا، أو يضمنه ويتبعه في ذمته، وليس هو كعديم أعتق حصته من عبدٍ فأراد الشريك أن يضمنه، فليس ذلك عليه؛ لأنَّه إنما أعتق نصيبه فقط وفي الوطء وطئ حظه وحظ شريكه.اهـ(3).

وفي "النوادر": ومن كتاب ابن المواز: قال مالك: وإذا كان المعتق لشقصه(4) عديمًا فشاء شريكه التقويم عليه واتباعه، فذلك له؛ لأنَّ ضررَ التأخير على الذى لم يعتق.اهـ(5).

قال اللخمي: وحمل صاحب هذا القول الحديث في ترك الاستكمال لحق الشريك، قال: والأول أحسن؛ لأنَّ الأصلَ عدم التكميل خولف في الموسر للحديث، فبَقِيَ المعسر على الأصل مِنْ أنه لا يلزمه سوى ما تقرب به، ولا تعمر ذمته

---

(1) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 786/2.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10 /12.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2 /325 و326.

(4) في (ز): (شقصه).

(5) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12 /285.

سواء. انتهى بالمعنى[1].

قلتُ: والعلة في أنه لا يلزمه قبول السلف للتكميل هي العلة في أنه لا يلزمه تخليد القيمة في ذمته، وإنما قال المصنف: (بِرِضَا الشَّرِيكِ) -والله أعلم- تنبيهًا على مخالفة ما في كتاب محمد من أنه إذا رضي لزمته لما علل به.

وَمَنْ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ لأَجَلٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ لِيُعْتَقَ جَمِيعُهُ عِنْدَهُ؛ إِلا أَنْ يَبُتَّ الثَّانِي فَنَصِيبُ الأَوَّلِ عَلَى حَالِهِ

لما فرغ من عتق أحد الشريكين / نصيبه ذكر ما إذا عقد في نصيبه شائبة عتق، [ز:719ب] فقال: إذا أعتق أحد الشريكين حصته إلى أجل فإن[2] لشريكه أن يقوم عليه حصته بقيمة القن الذي لا شائبة فيه، فيصير جميع العبد معتقًا إلى ذلك الأجل.

فقوله: (لِيُعْتَقَ جَمِيعُهُ)؛ أي: جميع العبد الذي أعتقت الحصة منه إلى أجل، وهذا الضمير يُفَسِّره السياق على ما لا يخفى، واللام في قوله: (لِأَجَلٍ) للانتهاء، وضمير (عِنْدَهُ) يعود على (أَجَل).

وقوله: (إِلا...) إلى آخره؛ أي: إنما يصير[3] جميع العبد معتقًا إلى ذلك الأجل إذا اختار الشريك التقويم، وأمَّا إن اختار عتق نصيبه وأعتقه -وهذا معنى قوله: (يَبُتَّ) أي: يقطع عن العبد ما له فيه من علاقة الرق، ولأن[4] البتَّ القطع- فإنَّ نصيب الأول يبقى على حاله من العتق إلى الأجل، وعلم من هذا الكلام أن المتمسك هنا يخير كما يخير مع التبتيل، وإنما لم يقوم هنا على الثاني إذا أبتَّ عتق نصيبه؛ لأنَّه لم يبتدِ فسادًا.

أمَّا أنه لم يبت الثاني فيقوم فيصير جميعه معتقًا إلى الأجل؛ فقال في "المدونة": وإذا أعتق أحد الشريكين حصته من العبد إلى أجل؛ قُوِّمَ عليه الآن، ولم يعتق حتى

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3783/7.

(2) في (ز): (كان).

(3) في (ز): (يعتبر).

(4) في (ز): (لأن).

إلى الأجل.

وقال غيره: إن شاء تعجَّل القيمة أو أخَّرها.

قال ابن القاسم: وإن مات العبد عن مالٍ قبل التقويم، أو قتل؛ فقيمته وما ترك من المال بينهما؛ لأنَّ عتق النصف لم يتم حتى يمضي الأجل(1).

ابن يونس: وروى أصبغ عن ابن القاسم، وأشهب مثل ذلك، وقالا: إلَّا أن يكون الأجل بعيدًا جدًّا فيؤخر التقويم إلى حلوله، ولو قال قائل: يؤخر التقويم إلى الأجل في الوجهين لم أعبه، وقاله أصبغ(2).

وانظر تمام النقل في هذه المسألة في "النوادر" وابن يونس.

وقال بعض الشيوخ: حاصل ما فيها من الخلاف أربعة أقوال:

قول(3) ابن القاسم بالتعجيل، وظاهره قرب الأجل أو بعد.

الثاني: التأخير مطلقًا لقوله: (ولو قال قائل بالتأخير لم أعبه).

الثالث: إن قرب الأجل عجل، وإن بَعُدَ أخر قاله أصبغ.

الرابع: التخيير(4) للمغيرة.

وأمَّا إن عجل الثاني فنصيب الأول على حاله؛ فقال ابن يونس من "العتبية": روى عيسى عن ابن القاسم إن أعتق أحدهما إلى سنة ثُمَّ بتل الآخر فقيل: يدفع المبتل خدمة سنة للمؤجل ويعتق جميع العبد الآن، وأخذ به ابن القاسم، ثُمَّ رجع فقال: يبقى على حاله فيعتق نصفه إلى سنة، ونصفه الآن، ولا يؤخذ من هذا قيمة خدمته وولاؤه لغيره.

ابن سحنون عن أبيه: وقاله جميع أصحابنا(5).

وانظر تمام فروع المسألة في "النوادر"(6) وابن يونس.

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 240/2.

(2) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 418/5 و419.

(3) كلمة (قول) ساقطة من (ع2).

(4) كلمة (التخيير) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 419/5.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 304/12.

وإِنْ دَبَّرَ حِصَّتَهُ تَقاوَيَاهُ لِيُرَقَّ كُلُّهُ أَوْ يُدَبَّرَ

يعني: وإن دبَّر[1] أحد الشريكين حصته من عبدٍ وتماسك الآخر فإنهما يتقاوياه؛ أي: يتزايدا جميع العبد على أنه رقيق كله[2]، والمزايدة هي المقاواة فمَنْ وقف عليه من الشريكين أعطى حكم ماله فيه، فإن وقف على المدبر؛ فهو مدبر كله، وإن وقف على المتمسك؛ كان رقيقًا كله.

قال ابن عبد السلام: المقاواة عرضه على البيع، فإن وقف على ثمن فمَنْ شاء منهما؛ أخذَه به؛ إلَّا أن يزيد الآخر في الثمن كالفعل فيما لا ينقسم، وكأنها إظهار كل منهما قوته.اهـ[3].

وقال ابن يونس: قال ابن حبيب عن مطرف في[4] تفسيرها: أن يقام العبد قيمة عدل، فيقال لمن لم يدبر: أتزيد أم تسلمه؟ فإن زاد؛ قيل للمدبر: أتزيد أم تسلمه؟ هكذا حتى يصير إلى أحدهما، وقاله ابن الماجشون وأصبغ[5].

وهذا الحكم الذي ذكر المصنف هو في كتاب التدبير من "المدونة" قال: وإن دبر أحد الشريكين أمة بينهما تقاوياها، فإن صارت لمن دبَّر؛ كان جميعها مدبرًا، وإن صارت للذي لم يدبر؛ كانت رقيقًا كلها، إلَّا أن يشاء الذي لم يدبر أن يسلمها إلى الذي دبَّر، ويتبعه بنصفِ؛ قيمتها فذلك له.اهـ[6].

وفاعل (**يُدَبَّرَ**) في كلام المصنف[7] ضمير يعود على (**كُلُّهُ**) الذي هو فاعل (**يُرَق**) أي: كل العبد، وفي العتق الأول من "المدونة" غير هذا القول، قال: ولا يجوز لأحد الشريكين في عبد أن يكاتب نصيبه بإذن شريكه، أو بغير إذنه، وأمَّا إن دبَّره

---

(1) كلمة (دبَّر) ساقطة من (ز).

(2) كلمة (كله) ساقطة من (ز).

(3) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): **111/17** و**112**.

(4) كلمة (في) زيادة انفردت بها (ب).

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا):**6 /25**.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2 /266**.

(7) عبارة (في كلام المصنف) ساقطة من (ز).

بإذنه؛ جاز، وأمَّا إن[1] دبَّره بغير / إذنه؛ قُوِّمَ عليه نصيب شريكه، ولزمه تدبير [ز:720/أ] جميعه، ولا يتقاوياه[2]، وكانت المقاواة عند مالك ضعيفة، ولكنها شيء جرت في كتبه.اهـ[3].

وقال ابن يونس: قال ابن القاسم: ولمَّا لم يكن[4] التدبير بصريحِ العتق الذي جاء الأثر به في عتق الشقص؛ لم يلزم فيه التقويم إلَّا برضا الشريك؛ للضرر المحدث عليه، فإن شاء قوم، وإن شاء تمسك بنصيبه ومضى تدبير شريكه، وإن شاء قاواه، فإن صار له فرقيقٌ كله، وإن صار للمدبر فمدبَّرٌ كله، وقد أفتى مالك مرة بخلافِ هذا، وأنه يقَوَّم على المدبر.

وذكر ابن حبيب عن مطرف في عتق أحد الشريكين كقول ابن القاسم هنا إن شاء قاواه، أو قوم، أو تمسك بنصيبه، وقاله أصبغ.اهـ[5].

ثُمَّ ذكر في المسألة خلافًا كثيرًا إلى أن قال:

تحصيله يقوم من لم يدبر، يقاوي، يخير بين[6] أن يتمسك بنصيبه أو يقوم أو يقاوي.

واختلف في مقاواته في عدم المدبر فقيل بثبوتها، فإن صار للمدبر؛ بِيعَ عليه نصيب شريكه فما عجز عنه اتبع به، وقيل بنفيها ويبطل التدبير إلَّا أن يشاء المقاواة، وإن صار على المدبر اتبعه، ولو قاواه ولم يعلم بعدمه فصار على المدبر فلشريكِه فسخها، وقيل: لا يفسخ، ويباع من جميعه بقدرِ ما عليه، وما بقي كان مدبرًا. اهـ[7].

---

(1) كلمتا (وأما إن) يقابلهما في (ع2) و(ز): (وإن) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) في (ب): (يتقاواه).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 231/2.

(4) في (ع2): (يذكر).

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 24.

(6) في (ب): (أن).

(7) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 25/6.

ونقل اللخمي أربعة أقوال:

ليس لمن لم يدبر إلَّا القيمة أو تدبير نصيبه، يخير بين أن يقوم أو يتماسك أو يدبر، يخير بين أن يُقَوِّم أو يدبر أو يقاوِي ولا خيار في التماسك، يخير بين أن يدبر أو يقوم أو يتماسك أو يقاوي.اهـ[1].

قلتُ: فإذا ضممت هذه الأقوال إلى القول بتعيين المقاواة وإلى قول سحنون: إن كان المدبر عديمًا رُد التدبير، كانت ستة أقوال.

واختار اللخمي عدم التقويم؛ لأنَّ التقويم إنما جاء في عتق النصيب، ولأنَّه قد تكون أمة فارهة أو عبدًا كذلك، فيريد أن يتوصَّل بتدبير نصيبه إلى ملك جميعه لتقدير أن لا يدبر الشريك.

قال: والقول بالمقاواة جنوح إلى القول بجواز بيع المدبر في الحياة، وقياد القول بمنع[2] بيعه أن تمنع المقاواة.اهـ[3].

وقال غيره: والمقاواة مما شنعت به الحنفية على المالكية بأن يقولوا: تمنعون بيع المدبر وتجيزون المقاواة وهو عين البيع.

والقول بتعيين قيمة نصيب الشريك جنوح إلى القول بمنع بيعه وتغليب لحرمة العتق.

وكان من حقِّ المصنف أن يفتي بهذا القول الواقع في كتاب العتق، ولا يفتي بما وقع في كتاب التدبير، وما أظنه -والله أعلم- إلَّا اتبع ابن الحاجب في تصديره بهذا القول.

وإِنِ ادَّعَى المُعْتِقُ عَيْبَهُ فَلَهُ اسْتِحْلافُهُ

يعني: إنَّ أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه في عبد، واختار المتمسك التقويم، فطلب قيمة العبد سالمًا، وادَّعى المعتق أنه معيب، ولم تكن هناك بينة فإن للمعتق

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3923/7.

(2) في (ع2): (يمنع).

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3924/7.

استحلاف شريكه على أنه لا عيب بالعبد، وهذا صحيح؛ لأنها دعوى محقَّقة في مالٍ.

فضمير (عَيْبَه) يعود على العبد، وضمير (لَهُ) يعود على المعتق، وضمير (اسْتِحْلافُه) يعود على المتمسك.

ومن "النوادر": قال مالك في كتاب محمد، و"العتبية"، وكتاب ابن حبيب: وإن قال المعتق للشقص: هو سارق آبق وشريكي يعلم ذلك[1]، فإن أنكر؛ لم يحلف له وقُوِّمَ سليمًا بريئًا؛ إلَّا أن تقوم بينة.

قال أشهب: وإن أقام شاهد؛ أحلف معه، فإن نكل؛ حلف الآخر ما علمه سارقًا، ولا آبقًا، وإن لم يكن عدلًا لم يحلف معه، وحلف المتمسك على العلم.

قال محمد: لا يوجب عليه غير العدل يمينًا.

وذكر ابن حبيب عن ابن الماجشون مثل قول أشهب قال: وقاله ابن عبد الحكم، وقال ابن القاسم في "العتبية": لا يحلف إن لم يقم شاهدًا، قال ابن حبيب: والقول الآخر أحب إليَّ.اهـ[2].

فأنت ترى أن ما ذكر المصنف هو ما رجع إليه ابن القاسم على ما روى عنه أصبغ.

وإنْ أَذِنَ السَّيِّدُ أَوْ أَجازَ عِتْقَ عَبْدِهِ جُزْءًا قُوِّمَ فِي مَالِ السَّيِّدِ، وإِنِ احْتِيجَ لِبَيْعِ المُعْتِقِ بِيعَ

يعني: إذا كان للعبد نصيب في عبد، فأذن سيد / العبد له في عتق ذلك النصيب، [ز:720ب] أو أعتقه العبد أولًا فأجاز السيد عتقه، فإن تقويم نصيب المتمسك إنما يكون في مال السيد الأعلى، وعليه يعتق العبد؛ لإذنه في عتق النصيب أو لإجازته عتقه، ولو لم يكن للسيد ما يباع عليه في تلك القيمة غير العبد الذي أعتق النصيب فإنه يباع فيها، وهذا بَيِّنٌ لا إشكال فيه.

فقوله: (عِتْقَ) يطلبه (أَذِنَ)، و(أَجاز) فعمل فيه (أَجاز)، وعمل (أَذِن) في ضميره

---

(1) في (ب): (بذلك).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 323.

أي: أذن فيه أي: في أن يعتق، و(عِتْق) مضاف للفاعل أي: فأعتق عبده، و(جُزء) مفعول بـ(عِتْق).

قال في "النوادر": ومن كتاب[1] ابن المواز: وقال في عبد بين حر وعبد: فإن أعتق الحر حصته؛ قوم عليه، وإن أعتق العبد فلا عتق له؛ إلَّا أن يكون سيده أذن له فيقوم على سيده؛ كان للعبد مال أو[2] لا، وكذا إن كان بغير إذنه، ثُمَّ أجازه.

قال سحنون في كتاب ابنه: إن أذن؛ رجع عليه في جميع ماله، وبيعت فيه رقبة العبد وغيره، وإن لم يأذن؛ لم يعتق أصلًا، ولو قال السيد: قوِّموه على العبد فيما بيده؛ لم يُقَوَّم عليه.

وروى أصبغ عن ابن القاسم في "العتبية" نحو ما قال سحنون، وروى عنه عيسى في عبدٍ بين رجلين أذن له أحدهما في عتق عبده؛ أن العتق يرد، ولا يجوز إلَّا بإذنهما، ولا يقوم على الآذن حصته.اهـ[3].

فقول المصنف: (وإِنِ احْتِيج) هو من قول سحنون كما رأيت، وكان حقه أن يتبع لفظه فيقول: (قوم في مال السيد وبيع فيه المعتق)؛ لأنَّ إتيانه بالإغياء يوهِم أنه يَبْدأ بتقويم غير العبد من مال السيد، ولا يباع العبد إلَّا إذا احتيج إليه بأن لم يوجد للسيد غيره.

ولفظ سحنون كما رأيت ليس فيه شيء من هذا، ولا وجه له؛ لأنَّ العبد من جملة مال السيد فلا فرق بينه وبين غيره من ماله؛ بل ربما كان بيع العبد أَوْلى من الدار وغيرها، وإنما اتَّبع المصنف عبارة ابن شاس؛ فإنه كذلك نقل لفظ سحنون[4]، وكذا عبارة ابن الحاجب[5].

وكأنهم قصدوا بتلك العبارات[6] رَفْعُ ما يتوهم من أن العبد لمَّا كان هو المعتق

---

(1) كلمتا (ومن كتاب) يقابلهما في (ز): (وكتاب).

(2) في (ب): (أم).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12 /307 و308.

(4) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1187/3.

(5) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 787/2.

(6) في (ز): (العبارة).

لم ينبغ أن يباع فيمن أعتق، وفي الحقيقة إنما أعتق السيد.

وإِنْ أَعْتَقَ أَوَّلَ وَلَدٍ لَمْ يَعْتِقِ الثّانِي ولَوْ ماتَ

يعني أن مَنْ قال: (أول ولد تلده أمتي حر) فولدت توأمين واحدًا بعد آخر، فإنما يعتق الأول في الخروج كما شرط، ولا عتق للثاني ولو خرج الأول ميتًا، ولا يقال: (يعتقان معًا) ويكون معنى قوله: (**أَوَّلَ وَلَدٍ**)؛ أي: أول بطن تضعين ما فيه.

أو يقال: إن مات الأول يعتق الثاني؛ لأنَّه لما عدم في الأول كأنه لم يكن، فالأول بالحقيقة هو الثاني؛ لأنَّ حقيقة لفظه في قوله: (**أَوَّل**) لا تدل إلَّا على عتق الخارج أولًا؛ حيًّا كان[1] أو ميتًا.

وفاعل (**مات**) ضمير الأول يدل عليه نفي العتق عن الثاني، فلا يصح أن يكون فاعله ضمير (**الثّانِي**)؛ لأنَّ الميت لا يوصَف بعتقٍ ولا بنفيه كالجماد.

وأتى بـ(**لَوْ**)؛ تنبيهًا على الخلاف في عتقِ الثاني بمقتضى هذا اللفظ إن خرج الأول ميتًا.

قال في العتق الثاني من "المدونة": ومن قال لأمته: أول ولد تلدينه فهو حر، فولدت ولدين في بطن واحد؛ عتق أولهما خروجًا، فإن خرج الأول ميتًا؛ فلا عِتقَ للثاني.

وقال ابن شهاب: يعتق الثاني؛ إذ لا يقع على الميت عتق.اهـ[2].

ابن يونس: عن ابن حبيب: وسواء كانا غلامين، أو جاريتين، أو غلامًا وجارية، وقاله مالك وابن شهاب، وإن لم يعرف أولهما؛ فهما حُرَّان بالشك.

ابن المواز عن مالك: إن[3] قال: إن ولدت غلامًا؛ فهو حر، فولدت غلامين؛ فالأول حر، فإن وضعت جارية، ثُمَّ غلامًا من بطن؛ عتق الغلام وإن تأخَّر، وإن وضعت غلامين أولهما ميت؛ عتق الحي، بخلاف أول ولد تلدينه حر، وإن أشكل

---

(1) كلمتا (حيًّا كان) يقابلهما في (ز): (كان حيًّا) بتقديم وتأخير.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 245 و246.

(3) كلمة (إن) ساقطة من (ز).

أيهما الأول؛ عتقا، وشهادة النساء في هذا جائزة.

ابن المواز: إن لم يعرف الأول؛ فالقياس أن يعتق[1] مِنْ كلٍّ نصفه، ويتم باقيه بالسنة.اهـ[2].

فإن قلتَ: النقل في المسألة كما ذكرت فيما إذا ولدت ولدين من بطن، وليس في كلام المصنف بيان لذلك؛ لاحتمال أن يقال: إنَّ كلامه إنما يدل على نفي العتق عن البطن الثاني.

قلتُ: بل كلامه أعم من هذا، فإنه إنما نفى العتق / عن الثاني -أي: المولود ثانيًا- أعم من أن يكون من بطنٍ واحد أو بطنين، ونفي الأعم يستلزم نفي الأخص. [ز:721/أ]

فإن قلتَ: ولـمَ راعى خلاف ابن شهاب فنبَّه عليه بإتيانه بـ(لَوْ)، وليس بخلاف مذهبي، وهو قد الَتزم أنه لا ينبه بها إلَّا على خلاف مذهبي؟

قلتُ: قد[3] تقرَّر من اصطلاح "المدونة" أنه لا يدخل فيها من أقوال السلف إلَّا ما له أصل في المذهب، وهذا من ذلك، ولمَّا رأى المؤلف دليله قويًّا مع ما تقرَّر من هذا الاصطلاح نبَّه عليه سيما، وقد قال في "النوادر": قال ابن حبيب: وقال ابن شهاب: العتق للحي، وقد استحسنه مَنْ أرضاه.اهـ[4].

وإنْ أَعْتَقَ جَنِينًا أَوْ دَبَّرَهُ فَحُرٌّ، وإنْ لأكْثَرِ الحَمْلِ؛ إلا لِزَوْجٍ مُرْسَلٍ عَلَيْها فَلأَقَلِّهِ، وبِيعَتْ إنْ سَبَقَ العِتْقَ دَيْنٌ، ورُقَّ ولا يُسْتَثْنَى بِبَيْعٍ أوْ عِتْقٍ

يعني أن من أعتق ما في بطن أمته، وهو معنى قوله: (جَنِينًا، أَوْ دَبَّرَهُ) أي: دبَّر ذلك الجنين، فإنَّ ذلك الجنين حر إن[5] بتل عتقه، ومدبَّر إن دبره، فحذف المصنف المعطوف للعلم به، أي: فحر أو مدبَّر فيرجع حرًّا عتق، و(مدبر) المحذوف

(1) عبارة (فالقياس أن يعتق) يقابلها في (ز): (فلا قياس).

(2) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 439/5.

(3) كلمة (قد) ساقطة من (ز).

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12 /444.

(5) ما يقابل كلمتي (حر إن) بياض في (ز).

لـ(دبَّرَ)[1]، ولو قال: (لزم) لكان أخصر وأشمل.

وقوله: (وإنْ لِأَكْثَرِ الحَمْلِ) أي: أنه[2] يلزمه ما عقد في ذلك الجنين من عتق أو تدبير مهما وضعته قرب وضعها إياه من ذلك العقد أو بَعُدَ، وإن وضعته لأكثر مدة الحمل، وذلك أربع سنين أو خمس أو غير ذلك مما قيل فيه، وذلك إذا كانت الأمة بينة الحمل يوم إنشاء السيد ذلك في الجنين، أو كان زوجها يومئذٍ ميتًا أو غائبًا.

وأمَّا إن لم تكن بيِّنة الحمل وزوجها حاضر[3] مرسل عليها؛ فلا يلزمه ذلك إلَّا فيما[4] وضعته لأقل من مدة الحمل، وهو أقل مِنْ ستة أشهر من يوم إنشاء ذلك؛ لأنها إن وضعته لستة أشهر فأكثر مع كون الزوج مطلقًا عليها؛ احتمل أن يكون الجنين حين المقالة غير موجود؛ بل تزيد بعدها فلا يلزمه فيه شيء مما ذكر.

وهذا معنى قوله: (إلا لِزَوْجٍ مُرْسَلٍ) أي: مطلق (عَلَيْهَا)، والضمير للأمة غير ممنوع منها بغيبة أو غيرها.

(فَلِأَقَلِّهِ) أي: فيلزمه العقد فيما استثنى إن وضعت الجنين لأقل.

ولما استثنى هذه الصورة خاصة للأقل دخل في كلامه قبل الاستثناء الصورتين اللتين ذكرنا، وهي بيان الحمل أو غيبة[5] الزوج فيلزم فيها، وإن وضع لأكثر، واللام في قوله: (لِأَكْثَر) و(لِأَقَل) بمعنى: عند، نحو: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ﴾ [الإسراء:78]، واللام في (لِزَوْج) للتعليل.

وقوله: (وبِيعَتْ...) إلى (رُقَّ) يعني أن هذه الأمة التي عقد في جنينها ما ذكر لا تُبَاع إن كانت بينة الحمل لما عقد فيها إلَّا إذا كان على سيدها دين سابق على عتقِ الجنين أو تدبيره؛ فإنها تباع في ذلك الدَّين، ويرق جنينها.

فمفعول (بِيعَتْ) ضمير يعود على الأمة ذات الجنين يدل عليه السياق، و(العِتْقَ) مفعول بـ(سَبَق)، و(دَيْنٌ) فاعله، ومفعول (رُقَّ) ضمير الجنين.

---

(1) في (ز): (بدبر).

(2) كلمة (أنه) ساقطة من (ب).

(3) كلمة (حاضر) ساقطة من (ز).

(4) في (ب): (ما).

(5) كلمتا (أو غيبة) يقابلهما في (ز): (وغيبة).

وقوله: (ولا يُسْتَثْنَى...) إلى آخره يحتمل أن يكون معناه -وهو الظاهر-: إفادة الحكم في كل جنين، وهو أنه لا يجوز استثناؤه في حالة بيع أمة بأن يستثنيه البائع لنفسه أو لعتق، ولا في حال عتقها بأن يعتقها المالك ويستثني حملها؛ بل إذا بيعت دَخل جنينها معها في البيع، أو عتقت دخل معها في[1] العتق.

ويحتمل أن يكون قصد إلى الجنين الخاص في المسألة التي نحن فيها، أي: الجنين المعتق أو المدبر لا يجوز استثناؤه في حالة[2] بيع أمه أو عتقها، إلَّا أن التنبيه على هذا في بيعها ظاهر وأمَّا في عتقها فلا حاجة إليه؛ لأنَّه إذا عتق بدون عتقها، فأحرى أن يعتق مع عتقها؛ إلَّا أن يقال: يحتاج إلى ذلك إذا دبَّر هو؛ لاحتمال أن يقال: لمَّا كان لا يعتق هو[3] إلَّا بعد موت سيده يجوز أن تعتق أمه، ويستثنى هو إلى موت سيده، فنفي هذا الاحتمال بقوله: لا يجوز استثناؤه؛ بل يعتق بعتق أمه، ولو كان مدبَّرًا.

وهذا الوجه أقرب إلى نص "المدونة" كما ترى، ويحتمل أن يريد: إذا بيعت الأمة في مسألتنا للدين[4] رُقَّ جنينها كما ذكر، ولا يستثنى في بيع أمه للدين[5]؛ بل يدخل معها.

ثُمَّ زاد قوله: (أَوْ عِتْقٍ) أي: كما لا يستثنى هو للرق إذا / عتقت[6] أمه كذلك لا يستثنى هو للعتق إذا بيعت، وهذا وجه حسن إلَّا أن التعبير معه[7] بـ(أَوْ) قلق، ولو قال: (كعتق) لكان به[8] أَوْلى، ويحتمل كلامه غير هذا لكن فيه تكلف، وعلى كل [ز:721ب]

(1) عبارة (البيع أو عتقت دخل معها في) ساقطة من (ب).
(2) كلمة (حالة) ساقطة من (ز).
(3) عبارة (لا يعتق هو) يقابلها في (ز): (هو لا يعتق) بتقديم وتأخير.
(4) كلمتا (مسألتنا للدين) يقابلهما في (ز): (مسألة الدين).
(5) في (ب): (الدين).
(6) في (ز): (أعتقت).
(7) كلمة (معه) ساقطة من (ب).
(8) كلمة (به) ساقطة من (ز).

احتمال فمفعول (يُسْتَثْنَى) -لأنَّه مبني[1] للمفعول- ضمير الجنين، ومفعول (بَيْعٍ أَوْ عِتْقٍ) ضمير أمه، والباء في (بِبَيْعٍ) بمعنى في أو للمصاحبة.

ونص هذه المسألة بكمالها من "المدونة" مع زيادات وفروع في المسألة لا بد من ذكرها؛ لما فيها من العائد: وإن أعتق ما في بطن أمته أو دبره وهي حامل يومئذ، فما أتتْ به[2] من ذلك الحمل إلى أقصى أمد حمل النساء؛ فهو حر أو مدبر.

ولو كان لها زوج ولا يعلم أن بها حملًا يوم عتقه؛ فلا يعتق ههنا إلَّا ما وضعته لأقلِّ من ستة أشهر من يوم العتق؛ كالمواريث إذا مات رجل فولدت أمه بعد موته من غير أبيه ولدًا فهو أخوه لأمه، فإن وضعته لستة أشهر فأكثر من يوم موته؛ لم يرثه، وإن كان لأقل؛ ورثه[3].

والعتق بهذه المنزلة إذا لم يكن حملها يوم أعتقه ظاهرًا.

[4]ولو كانت الأمة يوم العتق ظاهرة الحمل من زوجٍ أو غيره؛ عتق ما أتت به ما بينها وبين[5] أربع سنين، وقال غيره: إن كان الزوج مرسلًا عليها، وليست ببينة الحمل؛ نظر إلى حدِّ ستة أشهر، وإن كان غائبًا أو ميتًا؛ فما ولدته إلى أقصى حمل النساء فهو حر.

وقال أشهب: لا يسترق الولد بالشك، والتي يعتق ما في بطنها في صحة السيد لا تُبَاع وهي حامل؛ إلَّا في قيام الغرماء بدين استحدثه قبل عتقه أو بعده؛ فتباع إذا لم يكن له غيرها، ويرق جنينها؛ إذ لا يجوز استثناؤه.

فأمَّا إن قام الغرماء بعد الوضع والدين بعد العتق؛ عتق الولد من رأس المال وُلِدَ في مرض السيد أو بعد موته، وتباع الأم للدين ولا يفارقها، وإن كان الدَّين قبل العتق؛ بِيع الولد إن لم تف الأم بالدين، ولو ضُرِبَ بطنها فألقته ميتًا؛ فعقل جنين الأمة،

---

(1) في (ز): (مستثنى).

(2) كلمة (به) ساقطة من (ب).

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 247/2.

(4) ههنا استأنف الشارح نقله من تهذيب البراذعي.

(5) كلمة (وبين) ساقطة من (ب).

بخلاف أم الولد فإن عقل جنينها من سيدها عقل جنين الحرة، لأنَّ جنين الأمة لا يعتق إلَّا بعد الوضع، وجنين أم الولد حرٌّ بالحمل، ومن أعتق حاملًا؛ عتق جنينها، وإن لم يذكرْه ولا مردَّ له.

قال ربيعة: ولو استثناه؛ لم ينفعه وكان حرًّا.

قيل: فمن وهب ما في بطن أمته لرجل، أو تصدق به عليه أو أوصى له به، ثُمَّ وهب الأم لآخر، أو أعتقها هو أو وارثه؟

قال: العتق أحق، ويعتق جنينها، وتسقط هبته وغيرها. انتهى وفيه بعض اختصار(1).

وقول الغير في الزوج المرسل وفاق لابن القاسم فلذلك اشترطَه المصنف.

وقوله: (فَحُرٌّ) ظاهرُه بنفسِ عتقه، وليس كذلك، وإنما هو بعد الوضع؛ لما قال حين تفرقته في "المدونة" بين جنينها وجنين أم الولد وليس في قوله: (وإِنْ لِأَكْثَرِ) ما يدل على أنه إنما يعتق بعد الوضع.

وفي قوله -أيضًا-: (إِنْ سَبَقَ العِتْقَ دَيْنٌ) قصورٌ وإيهام أن الدَّين اللاحق -وهو الكائن بعد عتق الجنين- لا تُباع من أجله لا قبل الولادة ولا بعدها، وليس كذلك؛ بل تباع قبل الولادة في الدَّين السابق واللاحق ويرق الجنين، وأمَّا بعد الولادة فتباع هي -أيضًا- مطلقًا، ولا يباع الولد إلَّا لدين سابق كما رأيت جميع هذا في نصها.

وبقي مما يتعلق بمسألة المدونة فروع وأبحاث منع من جلبها خشية السآمة، وإن شراح "المدونة" تكفلوا(2) بذلك.

ولَمْ يَجُزِ اشْتَرَاءُ وَلِيٍّ مَنْ يَعْتَقُ عَلَى وَلَدٍ صَغِيرٍ بِمَالِهِ، ولا عَبْدٍ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ

يعني: إن ولي الولد الصغير لا يجوز له أن يشتري لذلك الولد مَنْ يعتق عليه بالقرابة من مال الولد؛ لأنَّ في ذلك إتلافًا لمال الولد من غيرِ فائدة تحصل له، وهو

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 247 و248.

(2) في (ع2) و(ز): (تكلفوا).

مناف للنظر، ولا فَرْق في هذا الولي بين أن يكون أبًا أو وصيًّا أو مقدَّم قاض، وفهم ذلك من تنكير (ولِيٍّ)؛ لأنَّ معناه: أي ولي كان.

و(مَنْ) مفعول (اشِتَراء)، وضمير (مالِه) يعود على (وَلَد).

وقوله: (ولا عَبْدٍ...) إلى آخره؛ أي: وكذلك لا يجوز للعبد أن يشتري بمال نفسه عبدًا يعتق على سيده إمَّا بالقرابة، أو بالتزام السيد عتقه إن اشتراه؛ إلَّا أن يأذن السيد في ذلك الشراء / لعبده فيجوز. [ز:722/أ]

فـ(عَبْدٍ) مخفوض عطف على (وَلِي)، و(لَمْ يُؤْذَنْ) صفة لـ(عَبْد)، و(مَنْ) معطوفة على (مَنْ) الأولى، والواو الداخلة على(لا) هي العاطفة لـ(عَبْدٍ)، و(مَنْ) على (وَلِي) و(مَنْ) وهو من العطف على معمولي عاملين الذي أجاز الأخفش(1).

وقوله: (لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ) يقتضي بمفهومه أنه إن أذن السيد للعبد جاز شراؤه من يعتق على سيده.

وهذا الإذن يحتمل أن يكون في شراء العبد على التعيين، ويحتمل أن يكون الإذن العام الذي يوصف العبد معه بكونه مأذونًا له، وكل ذلك صحيح؛ لأنَّه إن أذن له في شراء العبد بعينه فقد دخل على عتقه، وإن أذن له في التجارة فمن مقتضيات ذلك الإذن؛ لكونه يتصرف معه التصرف التام أن يشتري من يعتق على سيده، فإنه بصدد(2) ذلك فكأن السيد دخل عليه.

قال في العتق الثاني من "المدونة" في مسألة الولد(3): ولا يجوز للأب أن يشتري بمال ابنه لابنه من يعتق على الابن ولا يتلف مال ولده.اهـ(4).

وإذا كان هذا في الأب فأحرى غيره.

فإن قلتَ: كان من حقِّه أن يقول: (على محجور)؛ ليشمل السفيه البالغ، فإنَّ حكمه حكم الصغير، ومع أنه أخصر.

---

(1) قول الأخفش بنحوه في اللباب في علل البناء والإعراب، للعكبري: 433/1.

(2) ما يقابل كلمة (بصدد) بياض في (ز).

(3) في (ع2): (العتق).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 244.

قلتُ: الأمر كما قلتَ، ولعله قصد اتباع لفظ "المدونة"، ولذا زاد (وَلَد)، وإلَّا كان يكفي[1] (صَغير)، لكن يبعد قصده لهذا أنه لم يتبعها في لفظ الأب، فكان حقُّه إذا عدل عن لفظ أب إلى أعم منه وهو (الولي) أن يعدل عن لفظ (وَلَد) إلى أعم منه، وهو (محجور) مع أن لفظ (وَلَد) لا يدل على أنه ولد الولي، والأمر في هذا قريب.

وقال في "المدونة" في مسألة العبد: وإذا اشترى عبد غير مأذون له من يعتق على سيده؛ لم يجز شراؤه بغير إذن السيد بخلاف المأذون.اهـ[2].

فقوله: (بغير إذن السيد) دليلٌ على أحد الاحتمالين في المفهوم من كلام المصنف.

وقوله: (بخلاف[3] المأذون) دليلٌ على الاحتمال الآخر.

وفيها -أيضًا- ما يوافق الاحتمال الثاني، وذلك قوله: وإذا اشترى المأذون له من قرابة سيده من لو ملكهم سيده عتقوا عليه، والعبد لا يعلم بهم؛ فإنهم يعتقون؛ إلَّا أن يكون على المأذون دين يغترقهم.اهـ[4].

وكان من حقِّ المصنف أن ينبه على هذه الزيادة وهي الدَّين، إلَّا أن يكون اعتَمَد على ما نقل ابن يونس عن ابن المواز فإنه قال عن ابن القاسم: ولو كان على المأذون دين يحيط بماله لرأيتُ أن يعتقوا ويغرم السيد[5] الثمن.اهـ[6].

لكنه خلاف مذهب الكتاب.

[7]قال ابن المواز: وقول[8] ابن القاسم أحب إلينا [من][9] قول أشهب: لا

---

(1) كلمة (يكفي) ساقطة من (ب).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 244.

(3) في (ب): (في).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 242.

(5) كلمة (السيد) ساقطة من (ع2).

(6) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/424.

(7) ههنا استأنف الشارح نقله من الجامع.

(8) في (ع2): (وقال).

(9) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ المعتمدة في التحقيق، وقد أتينا به من جامع ابن يونس.

يشتري المأذون أبا سيده إلَّا بإذنه، وإن فَعَل بغير إذنه لم يعتق، وبقي بيد[1] العبد حتى يموت أو يبيعه، وليس له هنا بيعه بماله، فإن أعتقه اتبعه والد سيده رِقًا له[2].

قال ابن يونس: قال أبو إسحاق: لأنَّه على ملك العبد بعد.

وأمَّا المكاتب يشتري أقارب سيده فهم ملك له، ولا يعتقون على سيده؛ لأنَّه لا يقدر على انتزاعهم منه[3].

وإنْ دَفَعَ عَبْدٌ مَالًا لِمَنْ يَشْتَرِيهِ بِهِ[4]، فَإِنْ قَالَ: «اشْتَرِنِي لِنَفْسِكَ» فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ إِنِ اسْتَثْنَى مَالَهُ، وإلَّا غَرِمَهُ، وبِيعَ فِيهِ، ولا رُجُوعَ لَهُ عَلَى العَبْدِ، والوَلاءُ لَهُ؛ وإِنْ قَالَ: «لِنَفْسِي» فَحُرٌّ، ووَلاؤُهُ لِبائِعِهِ إِنِ اسْتَثْنَى مَالَهُ، وإلّا رُقَّ

يعني أن العبد إذا دفع مالًا له لرجل ليشتريه الرجل بذلك المال مِنْ سيده، فأخذ الرجل المال واشتراه به من سيده، فإن كان العبد قال للرجل: (اشترني[5] لنفسك) وكذلك فَعَل الرجل، فانظر فإن كان الرجل حين اشترى العبد بالمال المذكور اشترط على سيده دخول ماله في البيع؛ فالعبد له رقيق، ولا يلزمه غرم الثمن الذي اشتري به العبد للسيد؛ لأنَّ ذلك الثمن الذي دفع له من جملة مال العبد الذي استثناه.

وإن لم يكن اشترط ماله، فإن البيع يلزم، والعبد رِقٌّ لمشتريه، ولكنه يلزمه غرم مثل الثمن الذي اشتراه به للبائع؛ لأنَّ الذي أخذه البائع أولًا مِنْ جملة مال عبده الذي بقي له بعد بيع العبد لكون[6] المشتري لم يشترطه.

وإلى / مسألة اشتراط المال أشار بقوله: (**فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ**) أي: على المشتري من الثمن، (**إِنِ اسْتَثْنَى**)؛ أي: إن اشترط المشتري، (**مَالَهُ**) أي: مال العبد، ويعني: اشترطه على سيده حين الشراء، وسمى الاشتراط استثناء تسامحًا، وقد يفعله غيره من [ز:722ب]

(1) ما يقابل كلمة (بيد) بياض في (ز).

(2) كلمة (له) ساقطة من (ب).

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 424/5.

(4) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (لِمَنْ يَشْتَرِيهِ) بحذف الجار والمجرور (بِهِ).

(5) في (ع2): (اشتريني).

(6) كلمة (لكون) ساقطة من (ز).

المؤلفين.

والتحقيق[1] أن الاستثناء للبائع، والاشتراط للمشتري كما في الحديث: «**فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ**»[2].

وقوله: (**فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ**) جواب (**إِنِ**)، وفي الكلام[3] حذف؛ أي: فَفَعَل الرجل ما أمره به العبد من الشراء؛ فلا شيء عليه.

وإلى مسألة عدم الاشتراط أشار بقوله: (**وإلَّا غَرِمَهُ**) أي: وإن لم يستثنِ المشتري مال العبد غرم مثل الثمن لسيده.

ففاعل (**قَالَ**) في الموضعين ضمير العبد، وعليه يعود الضمير المخفوض بـ(**مَالَ**)، والمخفوض بـ(**على**)، وفاعل (**اسْتَثْنَى**) و(**غَرِمَ**) ضمير المشتري، والمنصوب بـ(**غَرِمَ**) عائد على (**مالًا**)، وهو الذي اشتري به العبد.

وقوله: (**وبِيعَ...**) إلى (**العَبْدِ**) أي: إذا لم يشترط مال العبد حين الشراء، ولزمه غرم الثمن، ولم يكن له مال؛ فإنَّ العبد يباع عليه في ذلك الثمن، فإن وفَّى به فذلك، وإن بقي شيء اتبع به في ذمته ولا رجوع للمشتري على العبد بما غرم إن أعتق العبد يومًا ما، ولا حجة له بأن يقول له: أنت أدخلتني في[4] عهدة الغرم؛ لأنَّ المشتري علم أنه محجور عليه لا يلزم ذمته غرم.

فمفعول (**بِيعَ**) ضمير (**العَبْدِ**)، وضمير (**فِيهِ**) عائدٌ على المال المشترى به العبد، وضمير (**لَهُ**) على المشتري.

وقوله: (**والوَلاءُ لَهُ**)؛ أي أن البيع في هذه المسألة لمَّا كان لازمًا للمشتري سواء اشترط المال، ولم يغرم الثمن أو لم يشترطه وغرم الثمن والعبد رِقٌّ له في الحالين،

---

(1) في (ز): (والمحققين).

(2) صحيح، روى مالك في باب مال المملوك، من كتاب البيوع، في موطئه: 882/4، برقم (542).

وأبو داود في باب العبد يباع وله مال، من أبواب الإجارة، في سننه: 268/3، برقم (3433) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ، وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا مُؤَبَّرًا فَالثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»، وهذا لفظ أبي داود.

(3) في (ع2): (كلامه).

(4) كلمة (في) ساقطة من (ع2).

فإنه إن أعتقه؛ كان الولاء له لصحَّةِ ملكه له فضمير (لَهُ) للمشتري.

وقوله: (وإِنْ قالَ...) إلى آخره؛ أي: وإن قال العبد حين دفع المال لمن يشتريه: (اشترني[1] لنفسي) وفعل المسؤول فبنفس تمام الشراء يكون العبد حرًّا؛ لأنَّه مَلَك نفسه؛ لأنَّ المسؤول نائب في الشراء عنه فوَجَب عتقه على نفسه؛ إذ لا يصح للمرء ملك نفسه.

والولاء في هذه الصورة للبائع كما لو كان العبد هو المُتَولي شراء نفسه من سيده، فإنه بالشراء يكون حرًّا وولاؤه لسيده كالمكاتب، وهذا مقرَّر في باب الولاء، والرجل إنما هو وكيل للعبد.

وهذا كله إن استثنى الرجل مال العبد حين اشترى العبد لنفس العبد؛ فحينئذ يكون حرًّا والولاء للبائع كما ذكرنا، وإن لم يكن استثنى ماله والحال أن الشراء لنفس العبد؛ فالعبد على حاله من الرِّق، والمال للسيد.

فقوله: (فَحُرٌّ)[2] خبر مبتدأ محذوف، والفاء جواب، وفي الكلام حذف، والتقدير: فاشترى لذلك فهو حر، وفاعل (اسْتَثْنَى) -أيضًا- هو ضمير[3] المشتري كالأول.

وقوله: (وإلَّا) أي: وإن لم يستثن المشتري مال العبد في هذه -أيضًا- رُقَّ.

وقوله: (رُقَّ) الأَوْلى فيه أن يكون اسم فاعل خبر مبتدأ محذوف، وفاء الجواب داخلة على ذلك المبتدأ أي: فهو رق نحو قوله:

.... بَنِي ثُعَلٍ مَنْ يَنْكَعِ العَنْزَ ظَالِمُ[4]

أي: فهو ظالم وهذا أَوْلى من أن يجعل (رُقَّ) ماضيا مبنيًّا للمفعول؛ لأنَّ هذا

---

(1) في (ع2): (اشتريني).

(2) كلمة (فحر) يقابلها في (ب): (حر فخير).

(3) كلمة (ضمير) ساقطة من (ب).

(4) عجز بيت للأسدي وصدره:

بَنِي ثُعَلٍ لا تَنْكَعُوا العَنْزَ شُرْبَهَا ... ...

انظر: الكتاب، لسيبويه: 65/3.

يوهم أنه رجع إلى الرق بعد أن خرج منه، أو من رقِّ سيده إلى رق غيره، وإذا كان اسم فاعل يقتضي أنه لم يزل على ملك سيده، وأيضًا فهو المطابق لقوله أولا: (فَحُرٌّ) وللنقل.

ونص هذه المسألة من "المدونة": وإذا دفع العبد مالًا لرجل، وقال له: اشترني لنفسك، أو دفعه إليه على أن يشتريه ويعتقه، فَفَعَل الرجل ذلك؛ فالبيع لازم، فإن كان المشتري استثنى مال العبد؛ لم يغرم الثمن ثانية، وإن لم يستثنه؛ فليغرم الثمن ثانية للبائع، ويعتق الذي شرط[1] العتق، ولا يتبعه الرجل بشيء، ويرق له الآخر.

وإن لم[2] يكن للمشتري مال؛ بِيعَ الرقيق عليه في الثمن، وكذلك يباع العتيق في ثمنه إلَّا أن يفي بيع بعضه بالثمن، فيعتق بقيته، ولو بقي من الثمن شيء بعد بيع جميعه؛ كان في ذمة الرجل.اهـ[3].

إلَّا أن المصنف لم ينقل ما ذكر فيها من قوله: (على أن يشتريه ويعتقه) /. [ز:723/أ]

ولا يقال: إنه استغنى عن ذلك بقوله: (اشْتَرِنِي لِنَفْسِي) فإنه لما كان لا يملك نفسه كأنه قال: (اشترني وأعتقني) لأنَّ حكم الصورتين يختلف كما ترى.

والصورة التي ذكر المصنف من قوله: (لِنَفْسِي) هي في كتاب ابن المواز على ما نقل ابن يونس وغيره[4].

وخالفها -أيضًا- في قوله: (ولا رُجُوعَ لَهُ عَلَى العَبْدِ) فإنَّ ظاهر كلامه أنَّ ذلك في مسألة ما إذا قال: (اشْتَرِنِي لِنَفْسِك)، وهو فيها إنما هو في الذي اشترى بشرط العتق، والاحتياج إلى ذكره حينئذ بَيِّن[5].

ولم أر من ذكر في المحل الكلام الذي ذكره المصنف، ثُمَّ الذي ذكر المصنف لا معنى له إلَّا بتكليف كما صورنا في الشرح لا سيما إن بِيعَ عليه، وكان في ثمنه وفاء

---

(1) في (ز): (اشترط).

(2) كلمتا (وإن لم) يقابلهما في (ع1) و(ب): (ولم) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 250.

(4) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 455/5.

(5) كلمة (بين) ساقطة من (ز).

بالثمن، فإنه لا يتوهم هنا الرجوع حتى يحتاج إلى نفيه.

وانظر نقل هذه المسألة وشرحها في ابن يونس(1)، وفي اللخمي(2).

وقال بعض الشيوخ: المسألة على أوجه:

الأول أن يقول: اشترني لنفسك وتملكني.

الثاني أن يقول: اشترني لنفسك وتعتقني.

الثالث أن يقول: اشترني للعتق.

ويفعل الرجل ما اتفقا عليه في الصور كلها.

قال: وهي في الكتاب، فإنِ استثنى ماله لم يكن عليه غير الثمن الأول؛ عينًا كان أو عرضًا.

واعترضه ابن رشد بأن فيه علم المشتري وجهل البائع؛ لأنَّه يقول: لو علمت أن المال له ما بعته فله النقض كالصبرة يعلم البائع كيلها دون المشتري، واعترضه الأصيلي -أيضًا- بأنَّ فيه وكالة العبد من غير إذن سيده فلا تمضي.

قلتُ: وقد يقال(3): يجاب عن اعتراض ابن رشد بأن المشتري لمَّا استثنى مال العبد ورضي ذلك البائع بما يأخذ فيه، فقد أسقط حقه فيما عدا ما أخذ كما لو أخذ ذلك من عبده، ولو شاء لاستثبت حتى يستعلم أمر ذلك المال بخلاف المشتري في الصبرة، فإنه لا طريق له إلى علم البائع بما فيها، فلذا كان له الفسخ على القول به.

وأيضًا فإنَّ شرط جواز الجزاف استواء المتعاقدين في الجهل بقدرِ المبيع، فعِلْم أحدهما به(4) ينتفي معه الشرط فيفسد البيع، وليس الجهل بمال العبد أو العلم به من المتعاقدين أو من أحدهما بشرطٍ في جواز بيع العبد بماله حتى يضر اختلاف المتعاقدين في العلم والجهل؛ بل النظر(5) في بيع العبد بما له إلى رقبته خاصة دون

---

(1) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 456/5.

(2) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3828/7.

(3) كلمة (يقال) زيادة انفردت بها (ع2).

(4) في (ز): (أنه).

(5) كلمتا (بل النظر) يقابلهما في (ب): (بالنظر).

ماله، وإنما المال تبع، ولو نظر إلى ماله لما جاز بيعه معه في بعض الأحوال كما لو كان عينًا واشترى بموافق ذلك العين، وهذا منصوص في "المدونة" وغيرها، وإذا كان كذلك لم يضر جهل أحد المتعاقدين بماله، ولا عِلْمه به.

وجواب الأصيلي أن السيد لمَّا رضي ببيعِ عبده -وكان هو المتولي[1] له- لم يلتفت إلى فعلِ العبد، كما لو باع عبد[2] بعض مال سيده من رجل[3] والسيد لا يعلم، ثُمَّ أتى المشتري واشترى ذلك الشيء من السيد[4] ثانيًا، ولم يُعْلِمه بفعل العبد.

ثُمَّ إن هذا الاعتراض إنما يشبه أن يقال فيما إذا قال العبد: اشترني لنفسي[5] لكن جوابه ما قلناه، وإن لم يستثن العبد في الصور المذكورة المال.

فإن اشتري بعين غَرِمَه للبائع ثانيًا، وتمَّ البيع؛ لأنَّ الشراء بالعين في الذمة، وإن اشترى بعرض انتقض البيع؛ لأنَّ مَنْ باع عرضًا بعرض فاستُحِقَّ رجع في عين عرضه إلَّا أن يفوت بحوالة سوق فأعلى.

الرابع[6] أن يقول: اشترني لنفسي فإن استثنى ماله فحرٌّ، وولاؤه للبائع، وإن لم يستثنه بَقِيَ لربه رقًا، ولا يتبع المشتري بقيمته؛ كان مليًّا أو معدمًا، وهذا هو القسم الثاني عند المصنف، وحكمه -كما ترى- غير حكم الذي اشتري للعتق، فإن ظنَّ المصنف أن حكمهما سواء فليس كذلك، وإلَّا فقد نقصه حكم المشترى للعتق، وهو القسم الثاني في "المدونة".

الخامس أن يقع الأمر مبهمًا، وقال العبد: اشترني لنفسي، وقال الآخر: لنفسي؛ فقال ابن المواز: يحمل على أنه اشتراه لنفسه حتى يعلم غير ذلك[7].

---

(1) في (ع2): (المولى).

(2) في (ب): (العبد).

(3) كلمتا (من رجل) يقابلهما في (ب): (لرجل).

(4) في (ز): (العبد).

(5) في (ب): (لنفسك).

(6) كلمة (الرابع) ساقطة من (ز).

(7) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **461/12**.

قلتُ: والضمير للمشتري أي: لنفس المشتري.

قال أصبغ: القول قول المشتري؛ استثنى ماله أم لا؛ لأنَّه ضامن غارم والشراء عرف منه حتى يعرف / خلافه ببينة للعبد[1]. [ز: 723ب]

وإنْ أَعْتَقَ عَبِيدًا فِي مَرَضِهِ أَوْ أَوْصَى بِعِتْقِهِمْ ولَوْ سَمَّاهُمْ، ولَمْ يَحْمِلْهُمُ الثُّلُثُ، أَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ ثُلُثِهِمْ، أَوْ بِعَدَدٍ سَمَّاهُ مِنْ أَكْثَرَ؛ أُقْرِعَ كَالقِسْمَةِ، إلا أَنْ يُرَتِّبَ فَيُتَّبَعُ، أَوْ يَقُولَ: «ثُلُثَ كُلٍّ» أَوْ «أَنْصافَهُمْ» أَوْ «أَثْلاثَهُمْ»

يعني: أن مَنْ بتل عتق عبيده في مرضه الذي مات فيه، أو أوصى بعتقهم جملة، أو أوصى بعتقهم وسماهم، فقال: أعتقوا عبيدي فلانًا وفلانًا وفلانًا[2] -وإلى هذا أشار بقوله: (ولَوْ سَمَّاهُمْ) أي- إن الحكم في الوصية بعتقهم من غير تسمية أو الوصية به مع تسميتهم واحد، وهو أنه إن لم يحملهم الثلث فبالقرعة يعتقون.

ولا يقال: إنه إذا سمَّى فلا بد من العتق في كلٍّ من سمى بالحصاص؛ لأنَّ ما ذكر هو المشهور في مسألة التسمية، ونبَّه على الخلاف فيها بقوله: (ولَوْ).

وقوله: (أَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ ثُلُثِهِمْ...) إلى (كالقِسْمَةِ) هو معطوف على (أَعْتَقَ)، والحكم واحد إلَّا أنَّ النوع الأول في عتق الجميع في المرض أو الوصية به، وهذا النوع في الوصية يجزئهم كأن يقول: أعتقوا ثلث عبيدي بعد موتي، فيضيف الثلث إلى جملتهم، ولا يقول: ثلث كل منهم، أو يوصي بعتق سمَّاه من أكثر منه كأن يقول: اعتقوا[3] عشرة من عبيدي وعبيده عشرون أو أكثر.

وجواب الشرط وما عطف عليه في هذا كله قوله: (أُقْرِع) ومعناه: إن عتق العبيد في هذه المسائل كلها إذا لم يحمل الثلث جميعهم إنما هو بالقرعة لا بالحصاص بأن يقال: يضرب كل منهم بقميته في الثلث فما خرج له في الحصاص عتق منه.

وقوله: (كالقِسْمَةِ)؛ أي: وصفة[4] القرعة في هذه المسائل كصفتها المذكورة في

---

(1) قول أصبغ بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 455/5.

(2) كلمة (وفلانًا) ساقطة من (ب).

(3) عبارة (ثلث عبيدي بعد...كأن يقول: اعتقوا) زيادة انفردت بها (ز).

(4) في (ز): (صفة).

باب القسمة، وذلك بأن يكتب اسم كل عبد في بطاقة وتكتب معه قيمته أو لا تكتب؛ إذ هي معلومة ثُمَّ تطوى البطائق، ويطين عليها فتخلط ثُمَّ يُدْعى من لا يظن به تمييز أشخاصها ممن لم يحضر، فيخرج منها واحدة فتفتح، فالخارج اسمه فيها هو الذي يبدأ به للعتق[1] في الثلث.

فإن كانت قيمته كفاف الثلث خرج حرًّا ورُقَّ الباقون، وإن كانت قيمته أكثر من الثلث عتق منه محمله، ورق الباقي منه مع غيره.

وإن كانت قيمته أقل خرج هو حرًّا ثُمَّ أمر مخرج[2] البطاقة أن يخرج أخرى فيعتق -أيضًا- مَنْ يخرج فيها إلى أن يفرغ الثلث بعبدٍ كامل أو ببعضه.

وقوله: (**إِلا أَنْ يُرَتِّبَ فَيُتَّبَع**) أي: مهما لم يكن في لفظ الوصية ما يدل على ترتيب فيمن يبدأ به في العتق من العبيد؛ فإن العتق بالقرعة.

ولا أولوية لواحدٍ[3] على غيره كما ذكرنا إلَّا إذا رتَّبهم الموصي[4] في لفظه بالوصية، كأن يقول: ابدءوا بفلان، وبعده فلان، أو اعتقوا فلانًا ثُمَّ فلانًا؛ فإنه يتَّبع ترتيبه، ويبدأ بمن نصَّ على تبدئته حتى يفرغ الثلث.

وقوله: (**أَوْ يَقُولَ...**) إلى آخره أي: وكذلك -أيضًا- لا يعتقون بالقرعة إذا قال: أعتقوا.

(**ثُلُثَ كُلٍّ**) أي: كل واحد من عبيدي فاستغنى بالتنوين[5] في (**كُلٍّ**) عن ذكر المضاف إليه؛ للعلم به، أو قال: أنصاف عبيدي أو أثلاثهم[6] يجمع الأنصاف والأثلاث، فإنَّ في هذه الصورة يعتق من كل واحد منهم الجزء الذي سمَّى إن حمل ذلك الثلث، وإن لم يحمله الثلث تحاصص كل واحد منهم في الثلث بقيمةِ الجزء الذي أوصى سيده أن يعتق منه.

---

(1) في (ز): (بالعتق).

(2) كلمة (مخرج) ساقطة من (ز).

(3) في (ز): (لأحد).

(4) كلمة (الموصي) زيادة انفردت بها (ز).

(5) ما يقابل كلمة (بالتنوين) بياض في (ز).

(6) في (ع2): (أنصافهم).

والفرق بين قوله: (ثلث عبيدي) فيعتق ثلثهم بالسهم وهو القرعة كما تقدم، وبين قوله: (أثلاث عبيدي) فيعتق من ثلث كل واحد منهم بالحصاص أن الجمع نصَّ في ثلث كل منهم، وليس واحد أولى من غير.

وقوله: (ثُلُثِهِمْ) يحتمل أن يريد ثلث المجموع، أو ثلث (كُلٍّ) فحمل على أن المراد ثلث المجموع وعتق بالقرعة[1]؛ لأنَّه لو عتق بالحصاص في هذه الصورة لدَخَلَ / الضرر على الورثة في عتق الأجزاء من عبيدهم مع احتمال لفظ الموصي فكانت القرعة أولى. [ز:724/أ]

وكذا -أيضًا- إذا أوصى بعتقِ عدد سمَّاه من أكثر[2]، فإنا إنما نعتق منهم بالقرعة نسبة العدد المسمى إلى جملة العبيد؛ لأنَّ الموصي لما أوصى[3] بعدد من جملةٍ يحتمل أن يكون قَصَدَ نسبة ذلك العدد من الجملة، ويحتمل أن يقصد نفس العدد خاصة من دون اعتبار نسبته.

ولما تعذرت مراجعته لاستعلام ما عنده بنينا على الاحتياط فعمِلْنا على[4] أن المراد النسبة مهما بقي من العبيد أكثر مما سمى، فما كانت نسبة العدد المسمى من ذلك الأكثر هو الذي يعتق من جميع العبيد بالسهم؛ لأنَّ في هذا العمل مراعاة للنسبة والعدد معًا، فلم يخرج عن مقصد الموصي على كلِّ حال.

فإذا لم يبق من عبيده حين النظر في إخراج الوصية سوى العدد الذي سمَّى رجعنا إلى اعتبار العدد؛ إذ لم يبق اعتبار نسبة، فيعتق ذلك العدد إن حمله الثلث أو ما حمل منه.

وفي باب الوصايا شيء من هذا في قوله: (وبِشاةٍ أَوْ عَدَدٍ مِنْ مَالِهِ)، وهناك نبَّه المصنف على أنه إذا لم يبق سوى العدد المسمى تعين للَوصية.

وأمَّا قوله هنا: (أَوْ بِعَدَدٍ سَمَّاهُ مِنْ أَكْثَرَ) فمجمل لا يفهم منه هذا الذي ذكرنا،

---

(1) في (ع2): (بالقرابة).

(2) كلمتا (من أكثر) يقابلهما في (ب): (فأكثر).

(3) كلمتا (لما أوصى) ساقطتان من (ز).

(4) كلمتا (فعملنا على) يقابلهما في (ب): (فعلمنا).

ولا يفهم منه إلَّا أنهم يعتقون بالقرعة خاصة، ولكن القدر الذي يعتق منهم وكيفية استخراجه ليس في كلامه ما يدل عليه، ولعله استغنى عن بيانه هنا بما ذكر في الوصايا وبيَّنه في "المدونة" كما ترى.

ونصُّ ما تضمن كلامه من المسائل إلى قوله: (كالقِسْمَةِ) من "المدونة": ومن أوصى بعتق عبيده أو بتل عتقهم في مرضه ثُمَّ مات؛ عتق جميعهم إن حملهم الثلث، فإن لم يحملهم؛ عتق منهم مبلغه بالسهم، وإن لم يدع غيرهم؛ عتق ثلثهم بالسهم.

وإن قال: ثلث رقيقي أحرار، أو نصفهم، أو ثلثاهم؛ عتق منهم ما سمَّى بالقرعة إن حملهم الثلث، وإلَّا فما حمل الثلث ممَّا سمَّى.

وإن قال في مرضه: عشرة من رقيقي أحرار، وهم ستون؛ عتق سدسهم، أخرج السهم[1] أكثر من عشرة أو أقل.

ولو هلكوا إلَّا عشرة؛ عتقوا إن حملهم الثلث -وإن كثرت قيمتهم- وإن لم يحملهم؛ عتق منهم مبلغه بالقرعة، ورق ما بقي، وإن بقي أحد عشر؛ عتق عشرة أجزاء من أحد عشر بالسهم إن حمل ذلك الثلث[2]،وإن بقي عشرون؛ عتق نصفهم بالقرعة في الثلث، وإن بقي ثلاثون؛ عتق ثلثهم، ولو قال: سدسهم؛ لم يعتق إلَّا سدس مَنْ بقي، ولو بَقِيَ واحد.

ولو قال[3]: رأس [منهم حر][4]، ولم يعينه فبالسهم يعتق منهم إن كانوا خمسة يوم يقوَّمون؛ عتق خمسهم، أو ستة فسدسهم؛ خرج لذلك أقل من واحد أو أكثر.

وإذا انقسم العبيد على الجزء الذي يعتق منهم جُزِّئَ بينهم[5] بالقيمة وأسهمتُ بينهم، فأعتقتُ ما أخرجه السهم، وإن لم ينقسموا[6] على الأجزاء علمت قيمة كل

(1) ما يقابل كلمتي (أخرج السهم) بياض في (ع2).

(2) كلمة (الثلث) ساقطة من (ب).

(3) كلمتا (ولو قال) يقابلهما في (ب): (وقال) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) كلمتا (منهم حر) زائدتان من تهذيب البراذعي.

(5) كلمتا (جزئ بينهم) يقابلهما في (ع2): (جزئيتهم).

(6) في (ب): (يقسموا).

واحد، وكتبت اسمه في بطاقة، وأسهمت بينهم، فمن خرج سهمه فإن كانت[1] قيمته مبلغ الجزء الذي يعتق منهم؛ عتق، وإن زادت قيمته؛ عتق منه مبلغه فقط[2]، وإن نقص عتق، وأعدت السهم لتمام ما بقي من جزء الوصية، فإمَّا يقع لذلك عبد أو بعضه.اهـ[3].

وأمَّا قوله: (إلا أَنْ يُرَتِّبَ فَيُتَّبَعُ) فنصُّه فيها آخر الوصايا الأول: ولا يقدم ما قدم الميت في لفظ أو كتاب، ولا يؤخر ما أخر، وليقدم الأوكد فالأوكد إلَّا أن ينص على تبدئة غير الأوكد؛ فقال: ابدءوا عتق النسمة بغير عينها على التي بعينها فينفذ، وقال بعد -أيضًا-: ولا يلتفت إلى اللفظ في كلام الموصي إلَّا أن يُبَدئه الميت كما وصفنا.اهـ[4].

وقال ابن عبد السلام: والترتيب في تبتيل المريض إمَّا بأداة من أدوات الترتيب، وإمَّا باختلاف الزمان، فيقدم الذي سبق العتق فيه على غيره؛ لأنَّ إعتاقه لكلٍّ واحدٍ لازم، ولا[5] رجوع له فيه، وإنما يبطل ما يبطل منهم لمعارض حق الورثة.

قال: وأمَّا الترتيب في الوصية فلا يكون إلَّا بالأداة[6].

وأمَّا قوله: (أَوْ يَقُولَ / ثُلُثَ كُلٍّ...) إلى آخر؛ فنصُّها: ومن قال عند موته: أثلاث رقيقي أو أنصافهم[7] أحرار، أو ثلث كل رأس، أو نصف كل رأس؛ عتق من كل واحد منهم ما ذكر، إن حمل ذلك ثلثه، ولا يبدأ بعضهم على بعض، أو ما حمل ثلثه مما سمى بالحصص من كل واحد بغير سهم.اهـ[8]. [ز:724ب]

وأمَّا ما أشار إليه المؤلف من الخلاف فيما إذا سمى العبيد هل يعتق منهم

---

(1) في (ز): (كان).

(2) كلمة (فقط) ساقطة من (ع2).

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 228 و229.

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 190 و191.

(5) في (ز): (لا).

(6) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 132/17.

(7) كلمتا (أو أنصافهم) يقابلهما في (ع2): (وأنصافهم).

(8) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 229 و230.

بالقرعة؟ كما إذا لم يسمهم أو بالحصاص؟؛ لأنَّ تسميته إياهم دليلٌ أنه قصد العتق في جميعهم كما أشرنا إليه قبل، فذكره في "النوادر"، وابن يونس.

ففي "النوادر": ومن كتاب ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه يقرع بينهم؛ سمَّاهم أو لم يسمهم، وقال أصبغ عن ابن القاسم مثله، وفيها -أيضًا- عن سحنون وابن المواز أنه إن سماهم فبالحصاص(1).

وعلى الأول مشى المصنف، ثُمَّ الأصل في استعمال القرعة في العتق ما في مسلم عن عمران بن حصين، **«أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ**(2) **عِنْدَ مَوْتِهِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرَهُمْ، فَدَعَا بِهِمْ رَسُولُ اللهِ ﷺ فَجَزَّأَهُمْ أَثْلَاثًا، ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً، وَقَالَ لَهُ قَوْلًا شَدِيدًا»**.اهـ(3).

وروى مالك -أيضًا- أن النبي ﷺ أعتق بالسهم، وحكم بذلك في "المدونة"، قال مالك: وذلك أحسن ما سمعت(4).

والقول الشديد قيل: هو ما في النسائي من قوله في هذا الحديث: **«لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لَا أُصَلِّيَ عَلَيْهِ»**(5).

وأصل القرعة من كتاب الله: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: 141]،

(1) في (ب): (بالحصاص).
انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 334/12.
(2) ما يقابل كلمة (مملوكين) بياض في (ز).
(3) رواه مسلم في باب من أعتق شركا له في عبد، من كتاب الأيمان، في صحيحه: 1288/3، برقم (1668) عن عمران بن حصين رضي الله عنه.
(4) انظر: المدونة (صادر/السعادة): 177/3.
(5) صحيح، روى النسائي في باب الصلاة على من يحيف في وصيته، من كتاب الجنائز، في سننه: 64/4، برقم (1958).
وأحمد في مسنده: 33/ 101، برقم (19866) كلاهما عن عمران بن حصين رضي الله عنه، أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ، فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِيَّ ﷺ، فَغَضِبَ مِنْ ذَلِكَ وَقَالَ: «لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لَا أُصَلِّيَ عَلَيْهِ»، ثُمَّ دَعَا مَمْلُوكِيهِ فَجَزَّأَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ، ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً، وهذا لفظ النسائي.

و﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ﴾ [آل عمران:44].

واختُلِفَ في العبيد المذكورين في الحديث فقيل: مبتلون في المرض، وهو الظاهر، وقيل: موصى بعتقهم، فاستعمَلَ مالك القرعة فيما جاء فيه الخبر من البتل في المرض أو الوصية[1] فيه بجملة العبيد أو بجزء منهم أو عدد من جملة، ولم يسمهم بين المدبرين؛ لأنَّ السهم فيما ورد رخصة وخارج عن الأصل فلا يُتعدَّى، واستعماله في النوعين مذهب ابن القاسم.

وقال أبو زيد وأصبغ والحارث: القرعة في الوصايا بالعتق، وأمَّا البتل في المرض فبالحصاص، وعكس المغيرة.

وقال صاحب "المناهج": المدبرون بالحصاص[2] بلا خلاف، والموصى بعتقهم بالقرعة بلا خلاف، وفي المبتلين قولان.

وفي المسألة تقسيم وتفريع وخلاف كثير محله المطولات.

وتَبِعَ سَيِّدَهُ[3] بِدَيْنٍ إِنْ لَمْ يَسْتَثْنِ مَالَهُ

يعني: أن العبد إذا كان له على سيده دين، ثُمَّ أعتقه سيده، ولم يستثن السيد مال عبده[4] حين العتق، فإِنَّ للعبد أن يتبع سيده بما له عليه من الدين؛ لأنَّ دينه الذي له[5] على سيده[6] من جملةِ مال العبد، والعبد إذا أعتق ولم يستثن سيده ماله؛ فإن ماله تَبَع له.

فإن قلتَ: ففاعل (تَبِع) ضمير المعتق، وكذا المجرور بـ(مال)، وفاعل (يَسْتَثْن) ضمير السيد وظاهر قوله: (مالَهُ) أن الذي يسقط الاتباع استثناء جميع المال، فمفهوم الشرط يقتضي أن استثناء السيد الدَّين خاصة إذا كان الدَّين بعض مال العبد لا يسقط

(1) كلمتا (أو الوصية) يقابلهما في (ز): (والوصية).
(2) عبارة (وأصبغ والحارث... المدبرون بالحصاص) ساقطة من (ز).
(3) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (وأُتْبِعَ سَيِّدُهُ)، وفي بعضها: (واتُّبِعَ سَيِّدُهُ).
(4) كلمتا (مال عبده) يقابلهما في (ز): (قال غيره).
(5) كلمة (له) زيادة انفردت بها (ب).
(6) عبارة (بماله عليه من الدين؛ لأنَّ دينه الذي له على سيده) ساقطة من (ز).

اتباع السيد به، وليس كذلك، وتأمَّل عبارته حق التأمل.

قال في "المدونة": ومن أعتق عبده وللعبد على السيد دين؛ فله أن يرجع به على سيده؛ إلَّا أن يستثنيَه السيد، أو يستثنيَ ماله مجملًا، فيكون ذلك له؛ لأنَّ العبد إذا أعتق تَبِعَه ماله.

قال ربيعة: علم السيد بمالِ العبد أو جهله.

قال أبو الزناد: وتتبع العبد سريته كان أولدها بإذن السيد أو بغير إذنه، وأمَّا ولدها منه فرق للسيد.اهـ[1].

يريد: لأنَّه لا يملك ولده ولا العبد ممن يعتق عليه بالقرابة فهو للسيد، وقول ربيعة وأبي الزناد وفاق فلذلك أطلق المصنف في قوله: (مالَهُ).

قال اللخمي: واختَلَف[2] قول ابن القاسم في هذا الأصل، فقال فيمن كاتب عبده على أن يسلفه: إن ذلك انتزاع، وكأنه وَعَدَه أن يعيد ذلك، فعلى هذا لا يتبع العبد السيد، وللسيد[3] ألا يعيده عليه.

واختلف -أيضًا- إذا أعتقه على عبدٍ في يديه، فقال: ذلك[4] انتزاع.

وقال في كتاب محمد: ليس بانتزاع، وهو أحسن؛ لأنَّ العبد ملك وعلى ذلك أخذه السيد إلَّا أن يكون على العبد دين حين داين سيده، فإنها مداينة بلا خلاف، حتى لو قضى العبد دينه ثُمَّ عتق لكان له اتباع سيده بدينه ذلك؛ لأنَّه لم يكن له انتزاع.اهـ[5].

قلتُ: / وقد يفرق بين المحلين بأن الكتابة ابتداء عقد معاوضة فقد يتقوَّى الانتزاع فيها؛ لأنَّه لم يكاتبه إلَّا على ذلك فعدَّ من جملة نجوم الكتابة، ولولا ذلك لكان حرامًا؛ لأنَّه سلف جر نفعًا للعبد. [ز:725/أ]

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 254.

(2) في (ع2): (اختلف).

(3) ما يقابل كلمة (وللسيد) بياض في (ز).

(4) كلمة (ذلك) زيادة انفردت بها (ب).

(5) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/3842.

وإذا ظهر أنه انتزاع كان تسمية السيد إياه سلفًا يُؤَوَّل معناه إلى وعد العبد، فإنه يخلفه[1] له، والوعد غير لازم في مثل هذا على المشهور، وقد أخذه السيد في حالِ الرق وأخذُه حينئذ جائز، وكذا القول إذا أعتقه على عبدٍ في يده.

وأمَّا في صورتنا فسلف محض لا عن معاوضة؛ إذ ليس العبد بمقهور على إعطائه ولا السيد بقاهر فيه، فالأصل بقاء ملكه عليه حتى يصرح بالانتزاع.

ورُقَّ إنْ شَهِدَ شاهِدٌ بِرِقِّهِ أوْ تَقَدُّم دَيْنٍ، وحَلَفَ

يعني أن العبد إذا أعتقه من عرف بملكه، ثُمَّ ادَّعى غير المعتق أنه مالكه واستحق ملكيته بشاهدٍ واحد، وهذا معنى قوله: (شاهِدٌ بِرِقِّهِ) أي: برقِّ المعتق بغير من أعتقه فإن المستحق يحلف مع شاهده ويرق العبد.

وقوله: (أَوْ تَقَدُّم دَيْنٍ) (تَقَدُّمِ) مخفوض عطف على (رُقَّ) أي: وكذلك يرق - أيضًا- بعد العتق إن شَهِدَ شاهد واحد بأن على معتقه دين متقدم على العتق يستغرق العبد، فإنَّ صاحب الدَّين الذي أقام الشاهد بتقدمه على العتق يحلف معه ويرد العتق، ففاعل (حَلَفَ) ضمير يعود على مقيم الشاهد في إحدى الصورتين، وإنما وحَّده؛ لأنَّ العطف بـ(أو).

ونص هذه المسألة من "النوادر": عن ابن حبيب قال أصبغ عن ابن القاسم: من ابتاع عبدًا فأعتقه البائع قبل دفع الثمن، وجحد البيع؛ فالعبد حر، ولا يمين على البائع؛ إذ لا يقبل إقراره في ردِّ العتق، فإن أقام المبتاع شاهدًا حلف معه، وثبت له ملكه، فإن نكل؛ حلف البائع وإن نكل؛ رد العتق وملك المشتري العبد.

قال أصبغ: وذلك إذا شهد الشاهد بتقدم البيع على العتق، فإن لم يعرف؛ فالعتق أولى؛ لأنَّه حوز، ولا يحلف البائع، ولا يضر العبد إقراره.

قال أصبغ: وإن ثبتت الخلطة بينهما فهي كالشاهد يحلف، فإن نكل بطل العتق بيمين الآخر.

وفي "الموطأ" فيمن أعتق ثُمَّ قيم عليه بدين قديم، فنكل أو قام بذلك شاهد مثل

---

(1) في (ب): (يخلف).

ما ذكر أصبغ، وقد قيل: لا يرد العتق بنكوله كما لا يرد بإقراره، وذكره ابن مزين عن ابن القاسم في مسألة مالك[1].

فإن قلتَ: هل يصور[2] كلام المصنف بما إذا أقام العبد شاهدًا أن سيدَه أعتقه؛ فإنَّ سيده يحلف على رد الشهادة[3]، ويبقى العبد رقًّا، ويكون قوله: (أَوْ تَقَدُّمِ دَيْنٍ) فعل ماض؛ أي: ويرق العبد -أيضًا- لتقدم[4] الدَّين المحيط على عتقه وهما في "المدونة".

قلتُ: لا؛ لأنَّ هاتين المسألتين قد نصَّ عليهما، أمَّا الأولى: ففي الشهادات في قوله: (وحَلَفَ بِشاهِدٍ فِي طَلاقٍ، وعِتْقٍ، لا نِكَاحٍ).

وأيضًا كان المناسب أن يقول: (شاهد بعتقه لا برقه)؛ لأنَّه رقيق بَعْد فلا يحتاج إلى شهادة به، وفيما شرحناه به هو حر بالشهادة بالرق.

وأمَّا الثانية: ففي صدر هذا الباب[5] في قوله: (ولِغَرِيمِهِ رَدُّهُ)، وأيضًا كان الأَوْلَى أن يقدم (حَلَفَ)؛ إذ لا تعلق له[6] بتقدم الدَّين على هذا التفسير.

واسْتُؤْنِيَ بِالمَالِ إِنْ شَهِدَ بِالوَلاءِ شاهِدٌ[7] أَوِ اثْنانِ أَنَّهُما لَمْ يَزَالا يَسْمَعانِ أَنَّهُ مَوْلاهُ أَوْ وَارِثُهُ، وحَلَفَ

يعني: إن شهد شاهد واحد بالبتِّ أن هذا المعتق مولى فلان أعتقه، أو شهد اثنان بالسماع أنهما لم يزالا يسمعان أن هذا المعتق مولى لفلان، أو أن هذا وارث فلان؛ فإنه لا يثبت الولاء بالشاهد الواحد على البت ولا بالشاهدين على السماع، كما لا يثبت النسب بشاهدي السماع، والحكم في الصور الثلاث؛ أنه يستأني بالمال الذي

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12 /471.

(2) في (ز): (تصور).

(3) في (ز): (الشاهد).

(4) في (ز): (لتقديم).

(5) في (ز): (الكتاب).

(6) في (ز): (به).

(7) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (شَاهِدٌ بِالْوَلَاءِ) بتقديم وتأخير.

يخلفه المشهود فيه بقدرِ الاجتهاد في مدة الاستيناء، فإن لم يأت أحد فيه بأثبت من هذه الشهادة التي ذكرت؛ فإن المشهود له بها يحلف على وفقها ويدفع إليه المال.

وهذه المسألة كرَّرها[1] المصنف في باب الولاء، وهناك تكلمنا / عليها، وأصلها من كتابي الشهادة والولاء من "المدونة". [ز:725ب]

وإِنْ شَهِدَ أَحَدُ الوَرَثَةِ أَوْ أَقَرَّ أَنَّ أَبَاهُ أَعْتَقَ عَبْدًا لَمْ يَجُزْ، ولَمْ يُقَوَّمْ عَلَيْهِ

يعني: إذا شهد أحد الورثة إن كان عدلًا[2] ممن تجوز[3] شهادته أو أقرَّ إن كان غير عدل لكنه يلزمه إقراره كمن لا حجر عليه.

وقوله: (لَمْ يَجُزْ) أي: في شهادته ولا إقراره، وذكر الضمير؛ تغليبًا لإقرار المفهوم مَنْ أقَرَّ على الشهادة المفهومة من (شَهِد).

وقوله: (ولَمْ يُقَوَّمْ عَلَيْهِ) أي: لمَّا كان قوله لا يقبل؛ لم يلزمه عتق في نصيبه حتى يحتاج إلى أن يُقَوَّم عليه نصيب شركائه.

وإنما لم تقبل شهادته؛ لقصورها عن النصاب، ولم يقبل إقراره؛ إمَّا لإدخال الضرر على شركائه، وإمَّا لأنَّه داعية إلى عتق النصيب بغير تقويم؛ لأنَّ غيره هو المعتق.

ونصُّها في "المدونة": وإن شهد أحد الورثة أو أقر أن أباه أعتق هذا العبد في صحته، أو في مرضه، والثلث يحمله، وأنكر ذلك بقيتهم؛ لم تجز شهادته، ولا إقراره، ولا يقوم عليه؛ إذ ليس هو المعتق فيلزمه التقويم، وجميع العبد رقيق.

ويستحب للمقر أن يبيع حصته من العبد فيجعل ثمنه في رقبة يعتقها، ويكون ولاؤها لأبيه، ولا يجبر على ذلك، وما لم يبلغ رقبة أعان به في رقبة، فإن لم يجد؛ ففي آخر نجوم مكاتب، وكذلك في إقراره غير الولد من سائر الورثة.

ولو ترك الميت عبيدًا سواه، فقال الورثة: لا نبيع، ولكن نقسم؛ فذلك الذي ينبغي إن انقسم العبيد، فإن وقع العبد الذي أقر الوارث أن أباه أعتقه في سهمه؛ عتق

---

(1) في (ز): (ذكرها).

(2) كلمة (عدلًا) ساقطة من (ز).

(3) كلمتا (ممن تجوز) يقابلها في (ع2): (ممن لا تجوز).

كله بالقضاء، كما لو اشترى عبدًا ردَّت شهادته في عتقه أو ورثه؛ عتق عليه.اهـ[1].

اللخمي: اختُلِفَ فيها فقيل: إقراره جائز عليه ويعتق نصيبه خاصة، وقيل: ويستكمل عليه؛ للتهمة أنه أعتق ونسب للميت، وقيل: لا يعتق، ولا يقوم، وهو مذهب الكتاب، وهل ذلك لحق الشركاء أو لحق الله في عتق النصيب بلا استكمال؟ قولان.اهـ[2].

وقوله: (إن[3] وقع العبد في سهمه عتق) معناه: إن كان إقراره أنه أعتقه في الصحة، وإن أقرَّ أنه أعتقه في المرض فإنما يعتق كله إن حمله ثلث الميت، وإلَّا فما حمل منه.

وانظر هل يؤخذ منه مثل قول أشهب في الشريكين يبيع أحدهما حظه من دار بغير إذن شريكه؛ فإن ابن القاسم قال: إذا لم يرض الشريك بحقه فيما بيع، وفيما بقي، ويأخذ بالشفعة ولا يقال[4]: يقتسمان فإن صار المبيع في حظ البائع مضى البيع، وهو خلاف ما قال هنا.

وقال أشهب: يفعل ذلك، وهو مثل ما قال ابن القاسم هنا، والمسألة في آخر كتاب الشفعة من "المدونة"، أو يقال: إنما جوَّز القسمة هنا لحرمة العتق.

وإِنْ شَهِدَ عَلَى شَرِيكِهِ بِعِتْقِ نَصِيبِهِ فَنَصِيبُ الشَّاهِدِ حُرٌّ إِنْ أَيْسَرَ شَرِيكُهُ، والأَكْثَرُ عَلَى نَفْيِهِ كَعُسْرِهِ

يعني أنه إذا شهد أحد الشريكين في عبد على شريكه أنه أعتق نصيبه، فإن كان المشهود عليه بالعتق موسرًا فنصيب الشاهد حر[5]؛ لأنَّ شهادته تتضمَّن إقراره أنه لا شيء له في نصيبه إلَّا قيمته، وإن كان المشهود عليه معسرًا؛ بقِيَ نصيب الشاهد رقيقًا

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 259/2.

(2) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3873/7.

(3) في (ب): (وإن).

(4) كلمة (يقال) زيادة انفردت بها (ز).

(5) عبارة (فنصيب الشاهد حر) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

له؛ لسقوط التقويم فيه على شريكه.

وقوله: (**والأكْثَرُ**) أي: وأكثر أهل المذهب على نفي لزوم الحرية للشاهد في نصيبه مع يسر المشهود عليه كما ينتفي عنه العتق في حال عسره، ولا سيما على ما تقدم من أنه لا يعتق إلّا بالحكم ودفْعِ القيمة.

وما اقتضاه مفهوم الشرط في قولِه: (**إِنْ أَيْسَرَ**) مِنْ أن شريكه إن كان معسرًا لا يلزم الشاهد عتق هو ما صرح به في قوله: (**والأَكْثَرُ عَلَى نَفْيِهِ كَعُسْرِهِ**) فأفاد الحكم مع عسرِ المشهود عليه بالمفهوم والمنطوق.

ونصُّها من "المدونة": قال ابن القاسم: وإن شهد رجل أن شريكَه في العبد أعتق حصته، والشاهد موسر أو معسر، فإن المعتق إن كان موسرًا فنصيب الشاهد حر؛ لأنَّه أقرَّ أن ما له على المعتق قيمة، وإن كان معسرًا لم يعتق من العبد شيء.

وقال غيره: ذلك سواء ولا يعتق منه(1) شيء.

قال سحنون: وهذا أجود وعليه جميع الرواة، وقاله عبد الرحمن أيضًا.اهـ(2).

وإن لم تقبل شهادة / الشريك على شريكه -أيضًا- لقصورها عن النصاب، [ز:726/أ] والغير هنا أشهب.

وسبب الخلاف هل مضمن الإقرار كصريحه كما رأى ابن القاسم وأخذه بأول كلامه وجعله مدعيًا في القيمة كأنه قال: نصيبي حر بالقيمة على شريكي، فأقرَّ بالحرية وادعى القيمة، ويرى الغير أن مضمن الإقرار ليس كصريحه؛ بل لو سلم أنه إقرار صريح لكن آخر الكلام مرتبط بأوله.

قال ابن يونس: وقال أشهب: لا يعتق حصة شريكه إلَّا بتقويم، ودفع ثمن، ولو جاز هذا لم يشأ شريكٌ أن يعتق حصته بغير تقويم إلَّا فعل.

وقال ابن حبيب عن ابن القاسم: يؤمر بالعتق في ملاء الشريك، ولا يقضى عليه.

قال أبو محمد: ينبغي أن أعتق على الشاهد نصيبه لملاء صاحبه أن يُقَوَّم عليه نصيب صاحبه، وقاله ابن الكاتب.

---

(1) كلمة (منه) ساقطة من (ز).

(2) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 260.

[قال ابن الكاتب][1]: ومسألة العبد يشهد أحد الورثة أن أباه أعتقه أقوى من هذه؛ فإنه أقرَّ بتقرر حريته، وأن لا[2] ملك له، ولا لغيره فيه، وهم لم يقبلوا قوله، ولا استحبوا له عتق نصيبه، وإنما استحبوا أن يعتق بثمن حصته منه، فأحد الشريكين أولى بعدم القبول.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: جوابه في مسألة الورثة هو الأصل أنه لا يعتق؛ لأنَّ ذلك الضرر لغيره من الورثة[3].

والقول في مسألة الشريك: إنه لا يعتق عليه نصيبه في ملاء شريكه هو الصواب، والقول الآخر ضعيف.

وقال بعض القرويين: يدخل هذان القولان في مسألة الوارث المقر ولا فرق بين المسألتين.اهـ[4].

وانظر تمام فروع المسألة في ابن يونس، وانظر نقله عن أشهب أنه لا يعتق إلَّا بتقويم ودفع ثمن، فإنه مُوافق لقول عبد الوهاب، ولنصِّ المؤلف في أول فصل[5] عتق الشريك.

---

(1) عبارة (قال ابن الكاتب) زائدة من جامع ابن يونس.

(2) كلمة (لا) ساقطة من (ب).

(3) في (ز): (المدونة).

(4) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 493 و492.

(5) كلمة (فصل) زيادة انفردت بها (ز).

بَابٌ [في التَّدْبِيرُ]

قوله: (بَابٌ) هذا باب التدبير، وجعله مواليًا لباب العتق؛ لوجهين:

الأول أنه أدخل في باب القربة؛ لكونه عَقْد عتق لا عن معاوضةٍ بخلاف الكتابة.

الثاني أنه عقدٌ لازمٌ.

والتدبير: مصدر دبَّر؛ أي: أعتق عن دُبُر منه؛ أي: بعد موته؛ لأنَّ دُبُر كل شيء ما هو خلفه.

وقال عياض: التدبير عقد عتق مُقَيَّد بموتِ العاقد[1]، وتأمَّل هل يرد عليه الوصية بالعتق، أو يقال: إنَّها ليست بعقد عتق، وإنما هي وصية بعقد العتق؟

فقول القائل: (أنت حر عن دبر مني) أو (أنت مدبَّر)؛ أي[2]: إذا أدبرت عن الدنيا فأنت حر، والموصَى بعتقه كأنه قال: إذا مت فأعتقوه، وتخرج أم الولد -أيضًا- لأنَّ العتق فيها بالحكم لا بعقدِ السيد.

ويخرج المعلق عتقه على موت غير العاقد؛ لقوله: (بموت غير العاقد)، وبه يخرج المعتق إلى أجل غير موت العاقد، فهو -كما ترى- رسمٌ لا بأس به مع اختصارِ ألفاظه.

ولا يَرِد عليه المبتَّل في المرض ونحوه مما يخرج من الثلث بعد الموت؛ لأنَّ العاقد لم يقيده بالموت، وإنما أوجب ذلك الحكم.

ويقال: دُبُر -بضم الدال والباء وبسكون الباء أيضًا- والجارحة بالضم خاصة، وأنكر بعضهم الضم في غيرها[3].

وفسَّره الجوهري بأنه عتق العبد عن دبر، وهو أن يعتق بعد موت صاحبه فهو مدبَّر[4]، ....

---

(1) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1301/3.

(2) كلمة (أي) ساقطة من (ز).

(3) قوله: (دُبر بضم الدال والباء... في غيرها) بنصِّه في التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1301/3.

(4) الصحاح، للجوهري: 655/2.

وهو قريب [من][1] تفسير الفقهاء.

ولا خلاف في مشروعيته فيما أعلم، وإنما اختُلف في لزوم عقده، وجواز بيعه كما ستراه إن شاء الله تعالى.

[تعريف التدبير]

التَّدْبِيرُ: تَعْلِيقُ مُكَلَّفٍ رَشِيدٍ -وَإِنْ زَوْجَةً فِي زَائِدِ الثُّلُثِ- العِتْقَ بِمَوْتِهِ لا عَلَى وَصِيَّةٍ، كَـ: «إِنْ مُتُّ مِنْ مَرَضِي» أَوْ «سَفَرِي هَذا» أَوْ «حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي[2]»، مَا لَمْ يُرِدْهُ[3] ولَمْ يُعَلِّقْهُ، أَوْ «أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي[4] بِيَوْمٍ»

هذا حدُّ التدبير عنده، وهو (تَعْلِيقُ مُكَلَّفٍ رَشِيدٍ) العتق على موت المعلق لا على وجه الوصية.

فقوله: (مُكَلَّفٍ) يخرج نحو الصبي والمجنون فلا ينفذ تدبيرهما، وفارق التدبير الوصية في صحتها من الصبي المميز -كما تقدَّم- وعدم صحته منه؛ لأنَّ الأصل منعُه من الوصية؛ لأنه تصرُّف في مال.

وإنما جازت وصيته للعمل، ولجواز الرجوع فيها مدة الحياة، ولا تنفذ[5] إلَّا بعد الموت، فلا يؤدي إلى تضييع مال في حال الحياة وعقد التدبير / لازمٌ يمنع كثيرًا[6] من التصرفات في حال الحياة؛ فلا يصح منه. [ز:726ب]

وهذا الحكم المذكور للصبي استُفيد في كلامه من مفهوم الوصف الذي ليس بلازمٍ عنده، ولكنه من قيود الحد كما قرَّرنا، فالأخذ منه قوي، وهو حكمٌ موافق لنقلِ مَنْ يعتمد نقله من الأئمة.

---

(1) ما بين المعكوفتين زيادة أدرجناها؛ ليستقيم بها السياق.

(2) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (أَوْ بَعْدَ مَوْتِي) بإسقاط لفظة: (حُرٌّ).

(3) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (إن لَمْ يُرِدْهُ).

(4) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (أَوْ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي) بحذف ضمير المخاطَب (أنت).

(5) في (ز): (ينفذ).

(6) كلمة (كثيرًا) يقابلها في (ز) و(ب): (من كثير) ولعل الصواب ما أثبتناه.

قال في "النوادر" – ونقله ابن يونس أيضًا[1]– من "العتبية" قال أصبغ عن ابن القاسم في المولى عليه يدبر عبده: لا يلزمه ذلك، ولا بعد رُشْده؛ اتسع ماله أو لم يتسع، وهو كما قال مالك في عتقه.اهـ[2].

ولا نزاع في أنَّ الصبي ممن يولَّى عليه؛ بل هو أحقهم بالولاية.

وقال الباجي في[3] ترجمة الوصي الصغير -وذكره في "النوادر" في أول الوصايا[4]-: قال عبد الملك: لا يجوز تدبير مَنْ لم يحتلم.

وقال -أيضًا-: تدبير السفيه يجوز في قليل الثمن لا في كثيره، قاله عبد الملك[5]، ونقل أقوالًا ستأتي في نقل ابن عبد السلام.

وقال ابن شاس: ولا يصح التدبير من المجنون وغير المميز، وينفذ من المميز، ولا ينفذ من السفيه.اهـ[6].

وتبعه على ذلك ابن الحاجب[7]، وجعل ابن راشد نقلهما محل نظر.

وقال ابن عبد السلام: كل مَنْ رأيته ممن يعتمد عليه ينكر هذا الموضع من كلام المؤلف[8].

وقوله: (مُكَلَّفٍ) يشمل السكران، فإنه مكلفٌ على المشهور.

وقوله: (رَشِيدٍ) يخرج السفيه، فإنه لا يصح تدبيره، كما تضمنه نص "العتبية" من قول ابن القاسم له: إنَّ[9] المولى عليه ....

---

(1) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 42/6.

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 21، وما نسبه للعتبية فهو في البيان والتحصيل، لابن رشد: 195/15.

(3) كلمة (في) ساقطة من (ز).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 262/11.

(5) انظر: المنتقى، للباجي: 91/8 وما بعدها.

(6) عقد الجواهر، لابن شاس: 3/ 1201.

(7) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 792/2.

(8) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 163/17.

(9) كلمة (إن) زيادة انفردت بها (ز).

لا يصح تدبيره[1].

وقال ابن عبد السلام: قال أشهب: لا يجوز تدبير المولى عليه، ويبطل.

وقال ابن القاسم: له أن يدبر في المرض، وإن صحَّ؛ بطل.

وقال ابن كنانة: يجوز تدبيره، وما لا يقع إلا بعد موته[2]، وإنما يمنع من ماله في حياته.اهـ[3].

وفي باب الوصايا من هذا الكتاب ذِكْرُ شيءٍ من هذا الخلاف، وظاهر كلام ابن عبد السلام؛ بل صريحه أن القائل: لا ينفذ تدبير السفيه مطلقًا هو أشهب لا ابن القاسم، ونص "العتبية" عن ابن القاسم كما رأيت لا تقييد فيه.

فإن قلتَ: لو اقتصر المصنف على (رَشِيدٍ) لكان أخصر؛ لأنه يتضمَّن وصف (مُكَلَّفٍ).

قلتُ: نعم، إلا أنه -والله أعلم- لَمَّا رأى أنَّ[4] قيد (مُكَلَّفٍ) مجمع على اعتباره، وقيد (رَشِيدٍ) مختلفٌ فيه؛ نصَّ على كل منهما؛ تنبيهًا على عدم استوائهما.

و(تَعْلِيقُ) مصدر مضاف للفاعل، وهو[5] (مُكَلَّفٍ)، و(رَشِيدٍ) صفة لـ(مُكَلَّفٍ)، والعتق مفعول (تَعْلِيقُ).

وقوله: (وَإِنْ زَوْجَةً...) إلى (الثُّلُثِ) إغياء أي: أن الرشيد يلزم تدبيره، وإن كانت المدبرة الرشيدة زوجة دبَّرت عبدًا لها هو أكثر من ثلث مالها؛ فإن تدبيرها في زائد ثلث مالها ينفذ.

وإنْ كان الزوج له أن يحجر على زوجته أن تتبرع بما زاد على ثلث مالها، وإذا نفذ تدبيرها في الزائد على ثلثها؛ فأحرى أن ينفذ فيما دونه، والحاصل أن تدبيرها

(1) البيان والتحصيل، لابن رشد: 195/15.

(2) في (ز): (لموته).

(3) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 163/17.

(4) كلمة (أن) ساقطة من (ب).

(5) في (ز): (ولو).

عبْدها[1] ينفذ، ولو لم تملك غيره.

قال في "النوادر" -ونقله ابن يونس[2]-: في "العتبية" من سماع ابن القاسم: وعن ذات الزوج تدبر[3] ثلث جاريتها، قال: يلزمها، وأراه يريد التدبير كله.

قال ابن القاسم: تدبر عليها كلها، وقد قال مالك إذا دبرت أمتها وليس لها غيرها فذلك جائز، ولا قول للزوج؛ لأنه لا يخرج من يدها شيء بخلاف عتقها، وهذا كالوصية في هذا المعنى.

قال سحنون: لا يجوز ذلك إلا بإذن زوجها، وقاله مطرف وابن الماجشون: إنه لا يجوز، وكذلك في كتاب ابن سحنون عن عبد الملك وسحنون.اهـ[4].

والأصل ما قال سحنون، ولاحظ ابن القاسم كونه لم يخرج من[5] يدها؛ لكنه فيه تحجير لمنعِها من بعض التصرفات كالبيع، وكان حقُّ المصنف أن يُنبه على الخلاف في هذه المسألة؛ لقوته، فيأتي بـ(لَوْ) بدل (إِنْ).

وقوله: (بِمَوْتِهِ) الضمير للمكلف، وهو معلق العتق[6]، وبإضافة الموت إلى ضمير معلق[7] العتق يخرج قول الرجل لعبده: (أنت حر بعد موت فلان) -غير المالك- عن أن يكون تدبيرًا؛ لأنه عتق إلى أجل.

والباء الظاهر فيها أنها بمعنى (على) نحو: ﴿مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ...﴾ [آل عمران:75]، ﴿وَإِذَا مَرُّواْ بِهِمْ﴾ [المطففين:30]، وأتى بالباء دون (على)؛ لأنها أخصر.

فإن قلتَ: بل لأن (على) وجه / متعلق بـ(تَعْلِيقُ)، فكأنه كره تعليق حرفين متفقين لفظًا بعامل واحد. [ز:727/أ]

قلتُ: تعليق حرفين متفقين بعاملٍ واحدٍ إنما كُرِه؛ لاتفاق معناهما، وأمَّا اتفاق

---

(1) في (ب): (غيرها).

(2) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 42/6 و43.

(3) في (ز): (تدبير) وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13 /21.

(5) كلمة (من) ساقطة من (ز).

(6) في (ز): (للعتق).

(7) في (ع2) و(ب): (متعلق) ولعل الصواب ما أثبتناه.

لفظهما مع اختلاف معناهما؛ فلا كراهة فيه نحو: ﴿وَمَآ أَنزَلْنَا عَلَىٰ قَوْمِهِۦ...﴾ [يس:28]، واختلاف لفظهما واتفاق معناهما لا يزيل الكراهة، وإنما أزالها في كلام المصنف اختلاف المتعلق، فإن الباء متعلقة بـ(تَعْلِيقُ)، و(على) في موضع الحال فهي متعلقة بمحذوف.

والتقدير علق المكلف العتق[1] على الموت كائنًا ذلك العتق لا على وجه الوصية، لكن كان حقه لما أدخل (لَا) على الحال أن يكررها؛ إذ لا تقول: جئت لا مسرعًا، حتى تقول: ولا مبطئًا، وما فعله المصنف من النادر كقوله:

قَهَرْتُ العِدا لا مُسْتَعِينا بعُصْبَةٍ وَلَكِن بِأَنْواع الخَدائع والْمَكْر[2]

وقوله: (تَعْلِيقُ...) إلى (بِمَوْتِهِ) كالجنس لحدِّ التدبير، وهو متناول للوصية بالعتق.

وقوله: (لا عَلَى وَصِيَّةٍ) فصل مخرج لها[3]، وقد فعل مثله ابن الحاجب وهو معيبٌ في الحدود؛ لأنه تعريف الشيء بما يساويه في الخفاء، فإنه من الأمور الإضافية؛ إذ يُقال في حدِّ الوصية بالعتق: تعليق عتق على الموت على وجه غير التدبير.

وفي حد التدبير: تعليق عتق على الموت على غير وجه الوصية، فمن لا يعلم التدبير والوصية لا يتحصَّل له شيء من الحدَّين؛ لما يلزم بينهما من الدور؛ لتوقُّف معرفة التدبير على الوصية وبالعكس، ولعلهما اعتمدا على أن الغالب على من بلغ في فن الفقه إلى هذا المحل تمييزه بين البابين، وفيه نظر، وفيه تعريف الماهية بحكم من أحكامها، وهو إلى الرسم أقرب منه إلى الحد.

ثم المعنى الذي قصده بهذا القيد[4] إفادة الفرق بين عقد التدبير -فإنه لازم لا يجوز الرجوع عنه كما ترى بيانه عند كلامه عليه- وبين الوصية بالعتق؛ فإنه ليس بلازم، وللموصي الرجوع عنه مدة حياته.

---

(1) عبارة (فإن الباء متعلقة بتعليق... المكلف العتق) ساقطة من (ز).

(2) البيت من الطويل، وهو بلا نسبة في الجني الداني، ص: 299.

(3) في (ب): (مثلها) وما يقابل كلمة (لها) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(4) كلمتا (بهذا القيد) يقابلهما في (ع2): (بهذا الحد القيد) ولعل الصواب ما أثبتناه.

وحدَّ ابن عرفة المدبَّر بأنه المعتق[1] من ثلث مالكه بعد موته بعتقٍ لازم، فيخرج المعتق لأجل[2] وأم الولد، والموصَى بعتقه، والتدبير عقْدٌ يوجِب عتق مملوك[3] من ثلث إلى آخره.

وقال ابن الحاجب: عتقٌ معلَّقٌ على الموت على غيرِ الوصية.

وردَّه ابن عبد السلام بأنه تعريف بالإضافيات[4]، وذكروا أنه يجتنب في التعريف؛ لإجماله.

قلتُ: ما ذكره عنهم من اجتناب الإضافات لا أعرفه حسبما تقرَّر في موضعه، وليست الإضافة بإضافةٍ ملزومةٍ للإجمال؛ ولذا وقعت في تعريفاتهم كثيرًا، كقول القاضي: القياس[5] حمل... إلى معلوم.

وقولهم في التناقض: هو اختلاف قضيتين إلى غير ذلك، ولو تعقَّبه[6] باشتماله على التركيب، وهو وقف معرفة المعرف على معرفة حقيقة أجنبية عنه ليست أعم ولا أخص؛ كان صوابًا.

وتعقبه ابن هارون بعدم طرده[7]؛ لدخول ما علق على موت غير مالكه، وهو من العتق إلى أجل.

وأجاب ابن عبد السلام بأن قوله: (من غير وصية) قرينة في إرادته موت مالكه، ورُدَّ بأن (من غير وصية)[8] إنما يدل على دخول موت مالكه لا على انحصاره فيه،

---

(1) في (ع2): (معتق).

(2) كلمة (لأجل) يقابلها في (ب) و(ع2): (إلى أجل) وما اخترناه موافق لما في مختصر ابن عرفة.

(3) في (ع2): (المملوك).

(4) في (ز): (بالإضافات) وما أثبتناه موافق لما في مختصر ابن عرفة.

(5) عبارة (ملزومة للإجمال؛ ولذا... القاضي: القياس) ساقطة من (ب) و(ع2) ووقد أتينا بها من مختصر ابن عرفة.

(6) في (ز): (نقله) وما أثبتناه موافق لما في مختصر ابن عرفة.

(7) في (ز): (اطراده) وما أثبتناه موافق لما في مختصر ابن عرفة.

(8) عبارة (قرينة في إرادته موت مالكه، وردَّ بأن من غير وصية) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد أتينا بها من مختصر ابن عرفة.

فهي عناية في التعريف.

وينقض -أيضًا- بأم الولد، فإنَّ عتقها معلق على موت مالكها، ولا يجاب بعدم تعليقه؛ لأنه إن أريد التعليق لفظًا خرج (أنت حر عن دبر مني) وإن أريد معنى فأم الولد كذلك.اهـ[1].

فقوله: (بعتق لازم) إن عنى[2] لازم بعد موت المالك؛ لزم دخول الموصَى بعتقه، وكل ما يعتق في الثلث؛ كالمعتق إلى أجل في المرض وغيره.

وإن عنى لازم للمالك قبل موته؛ فلا يتناول الحد المدبَّر؛ إذ ليس بلازم العتق قبل الموت وإلا لنجز عتقه؛ إذ ذلك معنى لزوم العتق.

سلَّمنا أن لزوم العتق لا يستلزم تنجيزه في الحال؛ بل[3] في المآل، لكن إنْ عنى لزوم عتق المدبَّر بعد الموت على كل حال مضى[4] صِدْق ذلك؛ لأن الدَّيْن[5] مطلقًا يرده بعد الموت.

وإن عنى في بعض الأحوال؛ لزم[6] دخول كل ما يعتق في الثلث لزومًا، وأقواها المبتل في المرض لا سيما إنْ كان مال مبتله مأمونًا، فإن خروجه من الثلث محقق وعتقه لازم، وإذا تحقَقْتَ ما[7] يَرِد على حدِّه للمدبَّر، / فانقل مثل[8] ذلك إلى حد التدبير حرفًا بحرف. [ز:727ب]

واعتراض ابن عبد السلام على حدِّ ابن الحاجب، بأنه من الإضافيات[9]؛

(1) المختصر الفقهي، لابن عرفة: 355/10، وما بعدها، وما تخلله من قول ابن الحاجب فهو في جامع الأمهات (بتحقيقنا): 792/2، وما تخلله من قول ابن عبد السلام فهو في جامع الأمهات (بتحقيقنا): 157/17.

(2) في (ز): (عتق).

(3) كلمة (بل) ساقطة من (ز).

(4) في (ب): (معنى) وفي (ز): (منعنا) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) في (ز): (الدبر).

(6) في (ز): (لزوم).

(7) ما يقابل كلمة (ما) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(8) كلمة (مثل) ساقطة من (ب).

(9) في (ز): (الإضافات).

صحيح، وقد بيَّن هو معنى كونه إضافيًا وبيَّناه نحن أيضًا، ونصوصهم على اجتناب الإضافيات[1] في الحدود لا تخفى، وهو في "تنقيح" القرافي وغيره، والاحتراز في الحدِّ عنها داخلٌ في قول ابن الحاجب في المقدمة: لا يخفى مثله، وفي قوله: (ولا بما تتوقف عقليته عليه) [2] وفي قول[3] صاحب "الجُمَل": (وغير مُعَرَّف[4] به)[5]، وفي قول البيضاوي في "المصباح": (ولا معرفًا به)؛ إلَّا أنَّ الظاهر من كلام الشيخ رَحِمَهُ اللَّهُ أنه فهم أن معنى الإضافيات الإضافة النحوية، ولذا قال: لا أعرف نصهم على اجتنابها في الحدود[6].

ويدل على فهمه لذلك استشهاده بقول القاضي: حمل معلوم، وقول الخونجي: اختلاف قضيتين[7]، ولم يُرِد ابن عبد السلام هذا، وإنما أراد النسبة إلى الإضافة عند الحكماء، وهي إحدى المقولات التسع التي ينحصر فيها العرض عندهم، وحدُّوها بأنها النسبة المتكررة[8]؛ أي نسبة تُعْقَل بالقياس كالأبوة[9] فإنها نسبة تعقل بالقياس إلى البنوة وإنها نسبة، والمضاف: هو ما يعقل بالنسبة إلى غيره كالأب[10] والابن والقبل والبعد[11].

ولا شكَّ أن تعريف إحدى النسبتين بالأخرى في هذا المحل، أو تعريف أحد المضافين بالآخر يلزم عليه الدور، وكذا حدُّ التدبير إذا قيل فيه: (على غير الوصية)

---

(1) في (ز): (الإضافات).

(2) منتهى الوصول والأمل، لابن الحاجب، ص: 8.

(3) في (ع2): (قال).

(4) في (ب) و(ع2): (معروف) وما أثبتناه موافق لما في الجمل الخونجي.

(5) الجمل، للخونجي، ص: 1.

(6) المختصر الفقهي، لابن عرفة: 355/10.

(7) الجمل، للخونجي، ص: 2.

(8) في (ب): (المكررة).

(9) كلمتا (بالقياس كالأبوة) يقابلهما في (ع2) و(ب): (بالقياس إلى نسبة كالأبوة) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(10) في (ب) و(ع2) و(ز): (كالابن) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(11) في (ع2): (وأبعد).

وفي الوصية: (على غير التدبير) يلزم فيه الدور.

وتأمَّل فاعل[1] (تقرر) من قول الشيخ: (حسبما تقرر) ما هو التقرر[2] في موضعه؟

وفي باقي كلامه أبحاث يطول تتبعها مع قلة جدواها، وتقدَّم أن ما اخترناه من حدِّ "التنبيهات" لا يَرِد عليه اعتراض من هذه الاعتراضات.

وقوله: (كَإِنْ...) إلى آخره مثالٌ للوصية[3] بالعتق التي أخرجها بقوله: (**لا عَلَى وَصِيَّةٍ**).

فإذا قال: (**إِنْ مُتُّ مِنْ مَرَضِي هَذا، أَوْ سَفَرِي هَذا فَأَنْتَ حُرٌّ**)، فالظاهر من هذا اللفظ أنها وصية بالعتق؛ لقرينة تعليقه على الموت من المرض المعين والسفر المعين[4]، فإنهما من المواطن التي عُهِد فيها الإيصاء، وقيد قوله: (**هَذَا**) مُقَدَّر مع قوله: (**مَرَضِي**)، وحذفه؛ لدلالة ذكره مع السفر.

وقوله: (**أَوْ بَعْدَ مَوْتِي**) أي: وكما لو قال لعبده: (أنت حر بعد موتي)، فإن الظاهر[5] في هذا اللفظ -أيضًا- أنه وصية بالعتق.

وقوله: (**إِنْ لَمْ يُرِدْهُ، ولَمْ يُعَلِّقْهُ**) شرطان مختصَّان بقوله: (**أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي**) أي: إنما يُحْمَل[6] هذا اللفظ على الوصية بالعتق إذا لم يُرِد به المتلفظ به التدبير، أو يعلقه على فعلٍ من الأفعال، فيأتي به في صورة يمين، كأن يقول: (إن دخلت الدار فأنت حُرٌّ بعد موتي) فإنٍ أراد به التدبير أو علَّقه؛ فهو محمولٌ على التدبير.

وظاهر هذا أنه إن أراد التدبير باللفظين الأولين لا يكون تدبيرًا، وإنما يكون وصية، وفيه نظر؛ نعم إنما لم يُنَوَّى فيهما؛ لظهورهما في الوصية بخلاف اللفظ

---

(1) كلمة (فاعل) ساقطة من (ز).

(2) في (ب) و(ع2): (التقرير) ولعل الصواب ما أثبتناه

(3) ما يقابل كلمتي (مثالٌ للوصية) غير قطعيّ القراءة في (ز).

(4) كلمتا (والسفر المعين) ساقطتان من (ز).

(5) كلمتا (فإن الظاهر) يقابلهما في (ع2): (فالظاهر).

(6) في (ز): (حمل).

الثالث، فإنه يحتمل(1) لها وللتدبير.

وقوله: (أَوْ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْم) هو -أيضًا- من ألفاظ الوصية، وكان حقه أن يقدِّم هذا اللفظ على الثالث وإنما أَخَّره -والله أعلم- لأنَّ لفظة (فيه) في(2) "المدونة" عندي محتمل -كما ترى- وإنما فسره بالوصية ابن يونس(3).

فالألفاظ عند المصنف على هذا ثلاثة صريحٌ في الوصية بالعتق، لا يُسْأَل عنه، وهو قوله: (إِنْ مُتُّ مِنْ مَرَضِي هَذا، أَوْ سَفَرِي هَذا فَأَنْتَ حُرٌّ).

وظاهرٌ في الوصية محتملٌ للتدبير، وهو قوله: (أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي)، ولاحتماله يُسْأل، فإن أراد به التدبيرَ، أو قامت قرينة تدل على إرادته كالتعليق؛ فهو تدبير وهذا مذهب ابن القاسم، وهو عند أشهب إن كان في غير مرض ولا سفر؛ تدبير(4).

ومحتملٌ لهما على ما فهمت من "المدونة"، وهو قوله: (حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْمٍ)، ويؤيد هذا الفهم تأخير المصنف له، ولو كان عنده ظاهرًا في الوصية كما فسَّر(5) ابن يونس لأَوْلاه اللفظين الأولين.

وانظر تقسيم اللخمي هذه الألفاظ وهي خارجة من "المدونة"، ويتبين ذلك بجلب نصِّها وشرحه(6) /. [ز:728/أ]

قال في أول كتاب المدبَّر من "التهذيب": قيل فمن قال في صحته لعبده: أنت حر يوم أموت؟

قال: قال مالك فيمن قال في صحته لعبده: أنت حر بعد موتي، فأراد بيعه أنه يُسْأل، فإن أراد وجه(7) الوصية؛ صدق، وإن أراد التدبير؛ صدق ومنع من بيعه.

ابن القاسم: وهي وصية أبدًا حتى يتبين أنه أراد التدبير.

---

(1) في (ز): (محتمل).

(2) كلمة (في) ساقطة من (ز).

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/6.

(4) قول أشهب بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3706/7.

(5) في (ع2): (فسَّره).

(6) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3907/7 وما بعدها.

(7) كلمة (وجه) يقابلها في (ب): (وجه وجه) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

قال أشهب: إن قال هذا[1] في غير إحداث وصية؛ لسفر، أو لِمَا جاء أنه لا ينبغي لأحدٍ أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة[2]، فهو تدبير إذا قال ذلك في صحته.

ثم قال بعد هذا بمسألة[3]: وإن قال له: (إن كلمت فلانًا فأنت حر بعد موتي) فكلَّمه؛ لزمه ما أوجبه على نفسه من عتقه بعد الموت، وعتق بعد موته من ثلثه، وصار ذلك شبيهًا بالتدبير.

وإن قال: أنت حر بعد موتي بيوم أو شهر؛ فهو من الثلث ويلحقه الدين.اهـ[4].

أمَّا الكلام على قياس ابن القاسم (يوم أموت) على (بعد موتي) وتسويته بين المسألتين كما اختصر عليه أبو محمد[5]؛ فليس من غرضنا؛ لأنَّ المصنف لم يتعرَّض إليه.

وقد تكلَّم ابن يونس على المسألة والتونسي، وما قاس عليه من[6] قوله: (بعد موتي) هو[7] المثال الثالث عند المصنف.

وقول ابن القاسم: إنه وصيَّة... إلى آخره، هو معنى قول المصنف: (إن لم يرد التدبير).

وقول أشهب: (إنْ قال هذا في غير إحداث وصية لسفر) يدل على أنَّه إنْ كان مع

---

(1) كلمة (هذا) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(2) روى مالك في باب الأمر بالوصية، من كتاب الوصية، في موطئه: 1103/4، برقم (610).

والبخاري في باب الوصايا وقول النبي ﷺ: «وصية الرجل مكتوبة عنده»، من كتاب الوصايا، في صحيحه: 2/4، برقم (2738).

ومسلم في كتاب الوصية، في صحيحه: 1249/3، برقم (1627) جميعهم عن ابن عمر رضي الله عنهما، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»، وهذا لفظ البخاري.

(3) في (ز): (المسألة).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 263/2 و264.

(5) قوله: (أمَّا الكلام على قياس ابن القاسم... عليه أبو محمد) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/6.

(6) في (ز): (في).

(7) في (ز): (يعد).

السفر؛ فهي وصية، وكذا قوله[1]: (إن قال ذلك في صحته) يدل أنه لو قاله في المرض لكان وصيَّة، وابن القاسم يوافق على هذين قاله أبو عمران[2]، وهما التمثيلان[3] الأولان عند المصنف.

وقوله: (وإن قال له: إن كلمت فلانًا...) المسألة هو مفهوم قول المصنف: (**ولَمْ يُعَلِّقْهُ**) إلَّا أنَّ عندي في الحكم عليه بأنه تدبير محض نظر[4]؛ لأَنَّ ما ذكر حكم الوصية -أيضًا- ولذا قال في "المدونة": وصار شبيهًا[5] بالتدبير[6].

والشبيه بالشيء مغايرٌ له؛ نعم يقوي جانب التدبير من قوله: (لزمه) وفيه نظر؛ لأَنَّ الوصية التي التزم الموصي أن لا رجوع له فيها لازمة[7] على ما اختار بعض الشيوخ، وفيها خلافٌ مذكور في باب الوصايا من هذا الشرح، وتعليق هذه بمثابةِ التزام الرجوع[8].

ويدل على صحة هذا الاعتبار قوله في الأمهات: كما لو حلف بالعتق، ولم يقل: بعد موتي، فحنث؛ فإنه يلزمه، فكذلك هذا يلزمه ويعتق من ثلثه، وصار حنثه بعتق العبد بعد الموت تشبيهًا بالتدبير. انتهى بالمعنى.

وفي "النوادر" من كتاب ابن المواز في الصحيح يقول لعبده: أنت حر بعد موتي، فإن لم يرد به وصية؛ فهو تدبير.

قال أصبغ: إن مات فهو تدبير، والحي يُسْأل ويُصَدَّق أنه أراد الوصية مع يمينه.اهـ[9].

---

(1) كلمتا (وكذا قوله) يقابلهما في (ز): (وكذلك).

(2) قوله: (وقول أشهب: إنْ قال هذا... أبو عمران) بنحوه في التوضيح، لخليل (بعنايتنا): **403/8**.

(3) في (ز): (المثلان).

(4) كلمة (نظر) ساقطة من (ز).

(5) في (ز): (تشبيهًا) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 264**.

(7) في (ز): (لازمًا).

(8) في (ب): (الوجوب).

(9) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13/ 17**.

وهذا مخالفٌ لما في "المدونة" وموافق لقول أشهب فيها، وهذا النقل موافق لنقل ابن شاس، وابن الحاجب؛ لأنهما جعلا هذا اللفظ من الصريح، وبه يرتفع اعتراض ابن عبد السلام.

وقوله: (**أنت حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْمٍ...**) إلى آخره، قال ابن يونس: يريد: وهذه وصيَّة له الرجوع فيها[1].

وعليه مرَّ المصنف -والله أعلم- وهو مثاله الرابع، وجَعَل بعضهم قول ابن القاسم في مسألة الخلاف مبنيًّا على البراءة الأصلية، وقول أشهب على الاحتياط.

فرع: إن قال في مرضه[2]: (إن مت من مرضي هذا فعبدي مدبَّر) ففي سماع أصبغ في رسم الوصايا: إنها وصية، ولا يضر إن سمَّاه مدبَّرًا؛ إلا أنْ يفهم أنه أراد التدبير.

وفي سماع أبي زيد: هو تدبير، ومثله في كتاب محمد[3].

قال ابن يونس: ينبغي على قول مالك بتعجيل[4] الطلاق في (أنت طالق يوم أموت) أن يكون العتق في (أنت حرٌ يوم[5] أموت) إلى أجل، ولا يكون كقوله: (بعد موتي) كما ذكر في "المدونة" من أن حكمهما معًا[6] التدبير[7].

قال ابن عرفة[8] رَحِمَهُ اللَّهُ: وقد يُفرق بأن وقفه على الموت ظاهره كونه بعده، فلمَّا كان العتق يصح بعد الموت حُمِلَ عليه عملًا برجحان حمل اللفظ على ظاهره، / [ز:728ب]

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 9/6.

(2) في (ع2): (مرضي).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 17/13 و18، والبيان والتحصيل، لابن رشد: 191/13.

(4) في (ز): (تعجيل).

(5) كلمتا (حر يوم) يقابلهما في (ز): (حر من يوم).

(6) في (ز): (مع).

(7) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/6 و8.

(8) في (ب) و(ع2): (عقبة) وما أثبتناه موافق لما في مختصر ابن عرفة.

ولمَّا لَمْ يصح الطلاق بعد الموت؛ حُمِلَ على أنه قبله؛ صونًا للفظ من حمله على الإهمال.اهـ[1].

وهو حسن.

بـ «دَبَّرْتُكَ» و«أَنْتَ مُدَبَّرٌ» أَوْ «حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي»

التدبير له ركنان: **الأول**: المدبِّر، وهو المكلف الرشيد، كما تقدَّم.

الثاني: الصيغة التي يكون بها التدبير، وإليها أشار بقوله: (**بِدَبَّرْتُكَ**)؛ أي: تعليقُ مكلفٍ العتقَ على موته بلفظ: دبرتك، فالباء متعلقة بـ(**تَعْلِيقُ**).

ولو زيد في التدبير ركنًا ثالثًا، وهو العبد المدبَّر، وهو مَنْ يصح عتقه؛ لكان سديدًا.

وهذه الصيغ الثلاثة صريحة في التدبير، ولا تحتمل الوصية بالعتق، وانظر ما عدا ابن شاس فيها، وتأمَّله مع ما تقدَّم.

وما ذكره[2] المصنف من صراحة هذه الألفاظ في التدبير في غير (دبَّرتك) نصَّ عليه في "النوادر": قال: ومن كتاب ابن المواز قلتُ: كيف التدبير في المرض؟

قال: بمثل القول في الصحة يقول: أنت مدبَّر، أو يقول: أنت حر عن دبر مني، أو يقول: أنت حر متى ما مت، أو إن مت، ولا مرجع لي فيك، وشِبْه هذا، وقاله أشهب أفرد ذلك بكتابٍ، أو جعله مع ذكر وصاياه.اهـ[3].

وأما (دبرتك) فلم أذكر الآن من نصَّ عليه غير ابن شاس[4] وابن الحاجب[5].

وفي "التنبيهات": فمتى نصَّ على لفظ التدبير، أو قال: أنت حر عن دبر مني؛ فهذا حكمه ما لم يقيد ذلك بما يزيله عن سنته[6].

---

(1) المختصر الفقهي، لابن عرفة: 360/10.

(2) في (ز): (ذكر).

(3) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13 /18.

(4) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1200/3.

(5) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 792/2.

(6) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1301/3.

وانظر تمام كلامه فيها[1] لكنه صحيح؛ لأنه إذا كان (أنت مدبَّر) من الصريح، وهو مشتق من (دبَّرتك) أو من مصدره؛ فالفعل أَوْلَى أن يكون صريحًا كما أنَّ (أعتقتك) أدل على العتق من (أنت معتق)؛ لأن الفعل بالإنشاء أَوْلَى[2] من الاسم.

وقال ابن عبد السلام: إنَّ[3] صريحَ التدبير قد تصحبه قرائن تصرِفه إلى الوصية، كما أنَّ صريح الوصية قد تصحبه قرائن تصرفه إلى التدبير. انتهى بالمعنى[4].

ومثله في "التنبيهات" إلا أن لفظ "التنبيهات" لم يحل صرف اللفظ عن ظاهره على القرائن؛ بل[5] على تقييد اللفظ؛ بخلاف ما يدل عليه ظاهره[6]، فتأمله.

ونَفَذَ تَدْبِيرُ نَصْرانِيٍّ لِمُسْلِم، وأُوجِرَ لَهُ

يعني أنَّ النصراني أو كافرًا غيره إذا دبَّر عبدًا له مسلمًا؛ فإن تدبيره ينفذ، ولا يُترك بيده يستخدمه؛ بل يؤاجر عليه؛ لأنَّ الكافر لا يستقر ملكه على المسلم كما تقدَّم في البيوع.

ظاهره وسواء كان المدبَّر كافرًا ثم أسلم، أو مسلمًا ثم دبَّره، أو اشتراه مسلمًا، ثم دبَّره[7].

وإنما مضى تدبيره ولم ينقض؛ لِحَق العبد فيما يرتقبه[8] من العتق، ولأنه[9] حكم بين مسلم وذمي، ولأن التدبير عقدٌ لازِمٌ.

ولذا لو ذكر المصنف هذا الفرع بعد إفادته لزوم التدبير لكان مناسبًا، وإنما ذكره

---

(1) عبارة (وفي التنبيهات فمتى نص... كلامه فيها) ساقطة من (ز).

(2) في (ز): (أو).

(3) كلمة (إنَّ) زيادة انفردت بها (ز).

(4) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): **159/17**.

(5) كلمة (بل) ساقطة من (ب) و(ع2).

(6) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): **1301/3 و1302**.

(7) عبارة (أو اشتراه مسلمًا، ثم دبره) ساقطة من (ز).

(8) في (ز): (يترقبه).

(9) في (ز): (لأنه).

هنا[1]؛ لأنه مناسبٌ للمدبِّر الذي هو المكلف المعلق العتق.

ونص هذه المسألة من "التهذيب": وإذا أسلم مدبَّر النصراني، أو ابتاع مسلمًا ودبره؛ آجرناه[2] له، وقبَض غلته، ولم يتعجل رِقُّه بالبيع، وهو قد يعتق بموتِ سيده، فإن أسلم النصراني قبل موته؛ رجع إليه عبده، وكان له ولاؤه، وإن لم يسلم حتى مات؛ عتق في ثلثه، وكان ولاؤه للمسلمين.

ثم مرَّ في الكلام على الولاء بما يعلم من باب الولاء إلى أن قال-: وقال غيره: لا يجوز لنصراني شراء مسلم، فإذا أسلم عبده ثم دبره؛ عتق عليه؛ لأنا مُنِعْنا من بيعه عليه بالتدبير. اهـ[3].

قال صاحب "التقييد": هنا ثلاثة أعبد:

- عبدٌ[4] أسلم ثم دبَّره، اتفق ابن القاسم والغير[5] على أنه يؤاجر له[6].
- وعبدٌ دبَّره ثم أسلم.
- وعبدٌ ابتاعه مسلمًا ثم دبَّره.

هذان محل الخلاف[7].

وخرَّج أبو محمد عبد الوهاب في[8] العبد يسلم بعد التدبير قولًا بأنه يباع، ويدفع ثمنه إلى النصراني اعتبارًا بأم الولد إذا أسلمت؛ لأنَّ حرمةَ الولد أقوى من التدبير، فإنْ اشترى مسلمًا ودبَّره، فقيل: يمضى تدبيره ويؤاجر، وقيل: يعجل عتقه، وقيل: الشراء

---

(1) كلمة (هنا) ساقطة من (ز).

(2) كلمتا (ودبره؛ آجرناه) يقابلهما في (ب) و(ع2): (ودبره وأجرناه)، ويقابلهما في (ز): (فدبره أو أجرناه)، وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 270 و271.

(4) كلمة (عبد) ساقطة من (ع2).

(5) في (ع2): (وغيره).

(6) كلمتا (يؤاجر له) يقابلهما في (ب): (يؤاجره).

(7) التقييد، لأبي الحسن الزرويلي: 476/10.

(8) كلمتا (الخلاف في) يقابلهما في (ب) و(ع2): (الخلاف وخرَّج ابن الحاجب في) ولعل الصواب ما أثبتناه.

غير منعقد، وكأنه دبَّر عبْد[1] غيره، وإن أسلم ثم دبَّره؛ لم يبع قولًا واحدًا.

وفي مؤاجرته إلى موتِ سيده أو تعجيل عتقه قولان[2].

وقوله: وقال غيره في بعض روايات الأم: قال بعض الرواة وفيها: لأني لو أجزت له شراءه ما بعته عليه، ولكن لمَّا لم يجز له ملكه ابتداءً؛ لم يجز له شراؤه.

قال[3] ابن أبي زمنين: معناه يفسخ البيع، وينقض التدبير.

قال عياض عن بعض شيوخه: لأنَّه[4] لمَّا لَمْ يجزْ له شراؤه/ فكأنه دبَّر عبْد غيره. [ز:729/أ]

قال: وتأوَّل أكثرهم قول غيره على تعجيل العتق كما ذكر فيمن أسلم مدبَّره، وفيه تكلم غيره في تبتيل حريته؛ لأنه منع نفسه بالتدبير من بيعه، ولم يتكلم على الأول في التدبير؛ بل في الشراء بغير تدبير، ولو كان جوابه على الوجهين؛ لكان تناقضًا لقوله أولًا: (لو أجزت شراءه ما بعته عليه) أي: لتركته له ملكًا وأجَّرته له[5] كقول ابن القاسم في التدبير.

ولقوله آخرًا فيمن أسلم عبده فدبَّره: (فلما منع نفسه بالتدبير من البيع) فلو رد المسألة على الأولى؛ لكان ظاهر كلامه أنه يبيعه عليه في مسألة الشراء إذا لم يدبره، فتأمله، فإنه دقيق المعنى.اهـ[6].

وزاد بعضهم في نقل عياض: فتحصل في المسألة ثلاثة أقوال:

قول ابن القاسم: إنه يؤاجر، وتأويلان للشيوخ.

وقال بعضهم: معنى قوله: (لو أجزت شراءه)؛ أي[7]: شراء هذا العبد المسلم.

---

(1) في (ز): (عبدًا).

(2) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: 398/2، ومن قوله: (هذان محل الخلاف) إلى قوله: (أو تعجيل عتقه قولان) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3950/7.

(3) في (ب): (وقال).

(4) في (ز): (إنه).

(5) كلمة (له) ساقطة من (ب).

(6) التقييد، لأبي الحسن: 479/10، وما نسبه لعياض فهو في التنبيهات المستنبطة (بتحقيقنا): 1308/3 و1309.

(7) كلمتا (شراءه أي) ساقطتان من (ز).

وقوله: (ما بعته عليه)؛ أي: ما بعت العبد الذي أسلم في ملكه[1].

وقال بقول الغير من تعجيل العتق مطرف وابن الماجشون[2].

قيل: وهو أظهر؛ لأنه يحمل[3] في استدامة ملك[4] المسلم، وذلك لا يجوز.

قلتُ: وهذا لا كبير دليل فيه؛ لأنه لما أوجر عليه عومل بنقيضِ مقصوده -أيضًا- ويده لا تتسلط عليه، فلا يقع إذلال الكافر المسلم، وانظر ما نقل ابن يونس من فروع المسألة[5].

وتَناولَ الحَمْلَ مَعَها، كَوَلَدِ مُدَبَّرٍ[6] مِنْ أَمَتِهِ بَعْدَهُ، وصارَتْ أُمَّ وَلَدٍ بِهِ[7] إِنْ عَتَقَ، وقُدِّمَ الأَبُ عَلَيْهِ فِي الضِّيقِ

يعني أن من دبَّر أمة[8] حاملًا؛ فإنَّ تدبيرها يتناول حملها معها، كما يتناول تدبير[9] العبد ما يتزيد للعبد[10] من وُلِدَ منه[11] بعد التدبير من أمةِ المدبَّر، فإذا أعتق هذا المدبَّر الذي تزيد له وَلَدٌ من أمته بعد التدبير، فإنْ مِلْكَ الأمة؛ تصير له أم ولد؛ لسبب الحمل الذي حملت منه بعد التدبير[12].

ففاعل (تَناولَ) ضمير يعود على التدبير و(الحَمْلَ) مفعوله، وضمير (مَعَها) يعود

---

(1) من قوله: (وزاد بعضهم في) إلى قوله: (أسلم في ملكه) بنحوه في التقييد، لأبي الحسن: 479/10 و480.

(2) قول مطرف وابن الماجشون بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 42/6، منسوبًا إليهما.

(3) في (ز): (يحل).

(4) في (ز): (ملكه).

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 41/6 وما بعدها.

(6) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (كَوَلَدٍ لِمُدَبَّرٍ).

(7) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (بِهِ أُمَّ وَلَدٍ) بتقديم وتأخير.

(8) في (ع2): (أمته).

(9) في (ز): (التدبير).

(10) في (ز): (للمدبَّر).

(11) كلمة (منه) ساقطة من (ز).

(12) عبارة (من أمة المدبر، فإذا أعتق... بعد التدبير) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

على الأمة المدبَّرة المفهومة من السياق، والمخفوض بـ(بَعْدَ) يعود على التدبير -أيضًا- واسم (صارَ) ضمير (أَمَتِهِ)، وضمير (بِهِ)[1] يعود على (وَلَدٍ)[2].

أما تناول التدبير الحمل، فقال في "التهذيب": وإن دبَّر حاملًا فولدها مدبَّر بمنزلتها.

وقال فيه -أيضًا- وفي تناوله لولد المدبَّر من أمته بعد التدبير: وما ولدت المدبَّرة، أو وُلِدَ للمدبَّر من أمته بعد[3] التدبير قبل موت السيد أو بعد؛ فبمنزلتهما، والمحاصة بين الآباء والأبناء في الثلث، ويعتق محمل الثلث من جميعهم بغير قرعة.اهـ[4].

ورَوى ابن وهب عن[5] علي وعثمان وزيد بن ثابت وجابر بن عبد الله، وابن عمر، وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار وغيرهم: إِنَّ ولد المدبَّرة بمنزلتها يرقون برقها، ويعتقون بعتقها[6].

وفي "الرسالة": وكل ذات رحم فولدها بمنزلتها[7].

وفي زكاة الماشية من "المقدمات": إنه حديث[8].

قال بعضهم: وانظر هل تنتقض الكلية بولد أمة المدبر؟ فإنه بمنزلة أبيه لا بمنزلة أمه، ولا ينتقض بولد الموصى[9] بعتقها؟ لأنَّ المعنى: كل ذات رحم فيها عقد لازم، والموصَى بعتقها له الرجوع فيها.

---

(1) كلمة (بِهِ) ساقطة من (ز).

(2) في (ز): (أَمَتِهِ).

(3) في (ب): (بقدر).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 265/2.

(5) كلمة (عن) ساقطة من (ب).

(6) قوله: (ورَوى ابن وهب عن علي... ويعتقون بعتقها) بنصِّه في المدونة (السعادة/صادر): 298/3 و299.

(7) الرسالة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا)، ص: 69.

(8) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 280/1.

(9) في (ز): (المدبَّر).

وقوله في "المدونة": وما ولدت المدبَّرة، يتناول ما حملت به قبل التدبير وبعده[1]، كلفظ المصنف.

وقوله: (كَوَلَدٍ...) إلى (بَعْدَهُ) يستلزم قوله بعده: إنه إنْ وضعته لستة أشهر فأكثر من يوم التدبير؛ فهو مدبَّر مع أبيه، وإن وضعته لأقل؛ فرقيقٌ، ذكره ابن يونس، وقال: الفرق بين ولد المدبَّرة وولد المدبَّر من أمته أن أمة المدبَّر ليس فيها عقد تدبير، وإنما هو في سيدها؛ فهو كالمدبَّرة يجعل ما في ظهره قبل التدبير بمنزلة ما في بطنها، فخروج النطفة منه كولادتها[2]، وولادة المدبرة كحمل أمة المدبَّر.

والفرق بين ولد الموصَى بعتقها، وولد المدبَّرة أن الموصَى بعتقها لمَّا كان له الرجوع فيها، والتصرف بالبيع وغيره، وكان حالها لم[3] يتغيَّر عمَّا قبل الإيصاء؛ كان ما جعل لها من الوصية غير منعقد، وإنما ينعقد بالموت، فما ولدت قبله؛ فرقيق مثلها، وما ولدت بعده يدخله من / الحرية ما دخلها، والمدبَّرة والمعتقة لأجل؛ انعقد [ز:729ب] لهما ذلك من حين الجعل، ولا ينقضه السيد، ولا يتصرف فيهما تصرف المالك، فما وُلِدَ لهما بعد العتق بمنزلتهما[4].

ومقتضى مفهوم قوله: (مِنْ أَمَتِهِ بَعْدَهُ) أنَّ ولده من زوجته، أو من أمته قبل التدبير لا يكون مدبرًا مثله، وهو ظاهر.

وقوله: (وصارَتْ...) إلى (عَتَقَ) يعني: إن عتق سيدها المدبَّر صارت أمته التي حملت منه بعد التدبير[5] أم ولد بذلك الولد.

قال في أمهات الأولاد من "التهذيب": وكل ما وُلِدَ لمكاتب أو مدبر من أمته مما حملت به[6] بعد عقد التدبير أو الكتابة؛ ....

---

(1) من قوله: (قال بعضهم: وانظر) إلى قوله: (قبل التدبير وبعده) بنحوه في التقييد، لأبي الحسن: 439/10 و440.

(2) في (ز): (كولادها).

(3) كلمة (لم) ساقطة من (ز).

(4) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 20.

(5) عبارة (أمته التي حملت منه بعد التدبير) ساقطة من (ب).

(6) عبارة (مما حملت به) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

فهو بمنزلته يعتق مع المكاتب[1] بالأداء، ومع المدبَّر في الثلث، فإذا أعتقا؛ كانت الأم أم ولد بذلك لهما[2]؛ كان الولد الآن حيًّا أو ميتًا، وقاله مالك.

ولمالك قول آخر: إنها لا تكون بذلك أم ولد، وقاله أكثر الرواة في المدبَّر خاصة؛ إذ كان لسيده انتزاعها.

قالوا: وأما المكاتب فهي[3] له أم ولد إذا عتق[4]؛ إذ كان السيد ممنوعًا من ماله.اهـ[5].

ولمَّا كان في هذا الولد شائبتان جاء الخلاف في استحقاق أمه به حكم أم[6] الولد، فغلب[7] في القول الأول[8] شائبة الحرية، وغلب في الثاني شائبة الرق، وتوسَّط الرواة، وصوَّبه بعضهم.

قال ابن المواز: وقول مالك وابن القاسم أحب إليَّ؛ لأَنَّ كل ولد تلده الأمة من سيدها؛ فله حكم أبيه، وما ولدته من غير سيدها؛ فهو بمنزلتها[9].

وقُدِّمَ الأَبُ عَلَيْهِ فِي الضِّيقِ

يعني أنَّ ولد المدبَّر الذي حملت به أمته[10] بعد التدبير إذا مات السيد وترك المدبَّر وولده المذكورين، وضاق ثلث السيد عن خروجهما حرَّين؛ فإنَّ الأب مقدَّم على هذا الولد في العتق، فيكون أَوْلَى بالثلث، فإن فضل بعد الأب شيء من الثلث؛

(1) في (ز): (الكتابة)، وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) عبارة (ولد بذلك لهما) يقابلها في (ب) و(ع2): (ولد لهما بذلك) بتقديم وتأخير.

(3) في (ز): (فهو).

(4) في (ز): (أعتق).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/316.

(6) كلمة (أم) ساقطة من (ب).

(7) في (ز): (فقلت).

(8) كلمة (الأول) ساقطة من (ب).

(9) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 134/13، منسوبًا إليه.

(10) في (ب): (أمه).

عتق فيه[1] الولد أو ما حمل منه، وإن لم يفضل له شيء؛ رق.

وهذا الذي ذكر خلاف النقل كما قدَّمنا عن "المدونة" الآن في قوله بعد ذكر المسألة: والمحاصة بين الآباء والأبناء... إلى[2] آخره.

وفي كتاب أمهات الأولاد من "النوادر"، -ومن ابن يونس[3]- عن كتاب ابن المواز: ولو مات السيد والمدبَّر حي؛ عتق مع ولده، ومع ما في بطن أم ولده بالحصص.اهـ[4].

وإنما اعتَمَدَ المصنف في هذا -والله أعلم- على كلام ابن عبد السلام في هذه المسألة، ونصه: وإذا كان الولد بمنزلة أبيه، فهل يحاص أباه عند ضيق الثلث على المشهور في المدبرين في كلمة واحدة، خلافًا لابن نافع الذي يقول: يعتق منهم محمل الثلث بالقرعة، أو يكون الأب مقدَّمًا في الثلث؛ لأنه قد تقدَّم تدبيره على تدبير ولده، كالمدبرين أحدهما بعد صاحبه هذا هو الظاهر -والله أعلم- لكن النقل أن العتق في مسألة الأب المدبر وولده هذه[5] بالحصص، ولا يقدَّم الأب.اهـ[6].

فأنت ترى أنَّ تقديم الأب نظرٌ منه مع اعترافه بأن النقل خلافه، ومثل هذا لا ينبغي أن يعتمده المالكي فتوى في[7] هذا الزمان.

وَلِلسَّيِّدِ نَزْعُ مَالِهِ إِنْ لَمْ يَمْرَضْ ورَهْنُهُ وكِتَابَتُهُ؛ لا إِخْرَاجُهُ بِغَيْرِ[8] حُرِّيَّةٍ، وفُسِخَ بَيْعُهُ إِنْ لَمْ يَعْتِقْ، كَالْمُكَاتَبِ[9]

(1) في (ز): (في).

(2) كلمتا (والأبناء إلى) يقابلهما في (ز): (والأبناء إلى آخره إلى) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 170.

(4) في (ز): (بالحصاص)، وانظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 134/13.

(5) كلمتا (وولده هذه) يقابلهما في (ب): (وولدها) وما اخترناه موافق لما في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام.

(6) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 173/17.

(7) كلمة (في) ساقطة من (ب).

(8) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (لِغَيْرِ) جرًّا باللام عوضًا عن الباء.

(9) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (إِنْ لَمْ يَعْتِقْ والوَلاءُ لَهُ كَالْمُكَاتَبِ).

يعني أن سيد المدبَّر له أن ينزعَ مال مدبَّره إن لم يمرض السيد؛ بل إنما يكون له ذلك ما دام صحيحًا، فإذا مرض السيد؛ لم يكن له انتزاع مال مدبَّره؛ لظنِّ قرب موته مع المرض، وموته هو أجل العتق للمدبَّر، فأشبه قرب أجل العتق في المعتَق إلى أجل، فكما لا ينتزع[1] السيد مال معتَقه إلى أجل -إن قَرُب أجل العتق- فكذلك لا ينتزع مال مدبَّره إن مرض هو[2].

فكلام المصنف دلَّ بمنطوقه على جوازِ انتزاع السيد مال مدبَّره في حال صحته، وبمفهوم شرطه[3] على أنه ليس له ذلك بعد المرض، وكلا الحكمين صحيحٌ.

قال في "المدونة": وعقل المدبَّرة[4] وعملها وغلتها لسيدها، وأما مهرها ومالها ما كسبت منه قبل التدبير أو بعده؛ فهو موقوف بيدها، وللسيد انتزاعه وانتزاع أم ولد مدبره ما لم يمرض، فإذا مرض؛ لم يكن له ذلك، كما له انتزاع مال المعتق إلى أجل ما لم يقرب الأجل، فإذا قرب؛ لم يكن له ذلك.اهـ[5].

وللسيد انتزاع مال مدبَّره في الصحة، وفي المرض؛ ليقضي به ديْنًا عليه؛ لأنَّ المدبَّر يرده الدين فكيف / بماله؟ [ز:730/أ]

وأيضًا فإِنَّ النفع لسيده بخلاف المريض الذي لا ديْن عليه؛ فإنه لا ينتزعه لنفسه، ولا لقضاء دين عليه، وإنما ينتزعه لورثته؛ فلذلك لم يكن له الانتزاع، ذكر معنى هذا في كتاب التفليس من "المدونة"[6].

وأما قول ابن شاس وابن الحاجب: إنَّ السيد لا ينتزع مال مدبَّره إذا فَلس فليس[7] بخلاف المذهب كما ذكرنا عن "المدونة".

وعبارة المصنف في استثناء مطلق المرض كعبارة "المدونة" وعبارة ابن شاس

---

(1) في (ع2): (ينزع).

(2) ضمير الغائب (هو) ساقط من (ز).

(3) كلمة (شرطه) ساقطة من (ز).

(4) في (ع2): (المدبر) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 265/2.

(6) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 11/4.

(7) كلمة (فليس) ساقطة من (ز) و(ع2) وقد انفردت بها (ب).

وابن الحاجب[1]: (ما لم تحضره الوفاة)[2]، وتبعهما ابن عبد السلام فقيَّد المرض بالمخوف[3].

وقوله: (ورَهْنُهُ) معطوف على (نَزْعُ) أي: ولسيد المدبَّر أن يرهنه في ديْنٍ عليه.

قال في "المدونة": ولا بأس أن يرهن المدبَّر، ويكون المرتهن بعد موت السيد أحق به من الغرماء، فإن لم يدع سيده[4] غيره؛ بِيعَ للمرتهن في ديْنه؛ لأنه قد حازه، ولو لم يقبضه بِيع[5] لجميع الغرماء.اهـ[6].

نقلها ابن يونس: لا بأس أن يرهن المدبَّر في قول مالك؛ لأنَّ ذلك لا ينقصه من عتقه إن مات سيده[7].

وظاهره[8] كان في عقد البيع والسلف، أو بعده، بتطوع أو شرط.

وقال عياض: إن رهن في غير عقد سلف وبيع بتطوع، أو برضا[9] من المرتهن أن يأخذه عن رهن آخر فجائز؛ لأن الدين إنْ حلَّ والسيد حي عديم، والدين بعد التدبير؛ لم يبع وبقي رهنًا إن شاء المرتهن إلى موت السيد أو ملائه.

وإن كان الديْن قبل التدبير؛ بيع فيه وكان أحق به، وإن رهن في عقدِ بيع، والديْن قبل التدبير؛ جاز قولًا واحدًا، ويباع بحلول الدين أو بموت السيد.

وإن كان[10] الدين بعد التدبير؛ لم يجز للغررِ؛ إذ رب الدين لا يدري متى يقبض دينه، وهو -أيضًا- يرجو قضاءه من رهنه، وملاء السيد، فلا يدري هل يحل أجله قبل

---

(1) كلمتا (وابن الحاجب) ساقطتان من (ب) و(ع2) وقد انفردت بهما (ز).

(2) عقد الجواهر، لابن شاس: 1203/3، وجامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 793/2.

(3) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 175/17.

(4) كلمة (سيده) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) كلمة (بيع) ساقطة من (ب) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 266 و267.

(7) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 33/6.

(8) في (ز): (وظاهر).

(9) في (ز): (وصى) وما أثبتناه موافق لما في تنبيهات عياض.

(10) كلمة (كان) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تنبيهات عياض.

موت السيد وهو مليء، فيأخذه لأجله[1]، أو عديم لا يقدر على بيع الرهن، فينتظر[2] وفاة السيد لبيعه.

وعلى هذا تأوَّل بعض شيوخنا قول أشهب في منعه رهن المدبَّر، وبما تقدَّم يقيد إطلاق إجازة مالك وابن القاسم فلا اختلاف؛ لأن كلًّا تكلم على ما لم يتكلم عليه الآخر.

وتأوَّل أبو محمد وأبو عمران قوله في جواز رهن من دبَّر[3] جنينها، إنما ذلك إنْ تقدَّم الدين، فإن تأخر؛ لم يجز؛ لأن فيه تعريض المدبَّر للبيع.

ومعنى ذلك أنها تباع بجنينها، وهذا كما تراه لو لم ترهن؛ لكان هذا الحكم؛ إذ ليس تدبير ما في بطنها بأقوى من عتقه، وهي تُباع للغرماء بما في بطنها ولو أعتق فلم يرد الرهن هنا حكمًا؛ اللهمَّ إلا أن يقال: إن هذا مستثقل الصورة في التدبير، وإن الرهن فيه [تصرف][4] يشبه البيع، فيكون هذا على وجه الكراهة لا على الإيجاب في المنع.

ويلزم هذا كله في رهنِ كل مدبَّر، ويحمل عليه ظاهر قول أشهب في منعِ رهن المدبَّر مطلقًا خلاف التأويل الأول. انتهى وبعضه بالمعنى[5]؛ لأنه تكلَّم من أول في رهن المدبَّرة، والحكم في المدبَّر والمدبَّرة[6] واحد.

واعترض بعضهم قوله أولًا: (في غير ابتداء سلف) بأن مفهومَه أنه في ابتداء السلف لا يجوز، وقد أجاز في الكتاب من الرهن في ابتداء السلف ما لا يجوز منه في البيع، وهي مسألة (من ارتهن دارًا واشترط أن يأخذ[7] كراءها في حقه) المذكورة في

---

(1) كلمة (لأجله) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تنبيهات عياض.

(2) في (ع2): (فلينتظر).

(3) كلمتا (من دبَّر) يقابلهما في (ب): (مدبَّر).

(4) كلمة (تصرف) زائدة من تنبيهات عياض.

(5) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1303/3 وما بعدها.

(6) كلمة (والمدبرة) ساقطة من (ز).

(7) كلمتا (أن يأخذ) يقابلهما في (ز): (إن لم يأخذ) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

حريم البئر[1].

قلتُ: وهو اعتراض ضعيف.

وقال أيضًا: انظر قوله: إن كان في نفس البيع والدين قبل التدبير، كيف يصح إن أراد بالنسبة لتلك المعاملة؛ إلَّا أن يريد[2] أن الدين الذي قبل التدبير من معاملة أخرى، فكأنه يقول: لا أبيعك إلا أن ترهنني مدبرك بالدين الذي عليك قبل هذا البيع.

وقوله: (كِتابَتُهُ) أي: ولسيد المدبَّر أن يكاتبه بعد أن عقد فيه التدبير.

قال في "المدونة": ولا بأس بكتابة المدبر، فإن أدى؛ عتق، وإن مات السيد؛ عتق في ثلثه؛ ويقوَّم بماله في الثلث، ويسقط عنه باقي الكتابة، وإن لم يحمل الثلث رقبته؛ عتق منه محمل الثلث، وأقر ماله بيده، ووضع عنه من كل نجم عليه بقدرِ ما عتق منه، وانظر تمامها في "المدونة" فإنها طويلة[3].

وإنما جازت كتابة المدبر؛ لأن الكتابة من ناحية العتق، وهي لا تزيده إلا خيرًا.

وفي "المدونة" / أيضًا: ولا بأس أن يكاتب الرجل عبده مع مدبره كتابة واحدة، [ز:730ب] وانظر تمامها أيضًا[4].

قال ابن يونس: قال ابن القاسم في "المستخرجة": مَنْ كاتب عبده ثم دبَّره؛ جعل في الثلث الأقل من قيمة الرقبة، أو قيمة الكتابة، فإِنْ دبَّره ثم كاتبه؛ فقيمة الرقبة خاصة[5].

قال ابن يونس -ونقله عبد الحق عن بعض شيوخه[6]-: لأنَّ السنَّة في المدبَّر إن لم يكاتب أن يجعل في الثلث قيمة رقبته التي ملك قبل التدبير، وإنما هو[7] عبد جعل

(1) انظر: المدونة (السعادة/صادر) 199/6، وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 286/4.

(2) ما يقابل كلمة (يريد) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 267/2 و268.

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 268/2 و269.

(5) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6 /37.

(6) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 1 /331.

(7) ضمير الغائب (هو) ساقط من (ز) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

له العتق بالموت كالموصَى بعتقه، فإن كوتب؛ لم ينقل عما وَجَب لـه؛ لأنـه إن عجز عاد كما كان.

وأما إن كوتب أولًا؛ فهو بعقدِ الكتابة لا يملك منه شيئًا منفردًا؛ لأنه قد يملك الرقبة إن عجز أو الكتابة إن أدّى، فيجعل في الثلث الأقل مما قد يملكه[1] احتياطًا للعتق، فصار كالموصَى بعتقه، هذا إن كاتبه في الصحة ثم دبَّره فيها، أو في المرض.

وأما إن كاتبه في مرضه ثم دبَّره فيه؛ فالمجعول في الثلث قيمة الرقبة؛ لأنَّ الكتابة في المرض إذا لم تقبض إنما يجعل في الثلث قيمة الرقبة، قاله ابن القاسم؛ لأنها من ناحية العتق، وفي التدبير -أيضًا- تجعل قيمة الرقبة.

قال ابن المواز[2]: لا يقوَّم إلا بالأقل تقَدَّم التدبير أو الكتابة؛ لأَنَّ من أوصى بعتقِ مكاتبه إنما يجعل في الثلث الأقل من قيمة رقبته، أو قيمة كتابته، ولا فَرْق بين إيصائه بعتقِ مكاتبه أو تدبيره، والتدبير في المكاتب أَوْلَى.

قال ابن يونس: وهذا أبين[3].

وقوله: (لا إِخْراجُهُ...) إلى آخره يعني أن ما للسيد في مدبَّره ما ذكر من نزع ماله، ورهنه وكتابته، وما في معناه من استخدام واستغلال، وليس له إخراجه عن ملكه لغيره من الناس بهبة، أو صدقة، أو بمعاوضة، أو غير ذلك؛ بل عقد التدبير يوجِب عليه أن لا يخرجه عن ملكه إلا بالحرية.

فإن أخرجه عن ملكه بالبيع؛ فسخ البيع ورجع إلى حاله من التدبير؛ إلا أن يفوت بعتقه؛ فلا يرد كالمكاتب، فإنَّ[4] عقد الكتابة فيه يمنع من بيعه، فإن بيع؛ فسخ البيع ورجع مكاتبًا، إلَّا أن يعتقه مشتريه؛ فيمضي، ولا يرد.

وإلى هذا أشار بقوله: (وفُسِخَ بَيْعُهُ) أي: بيع المدبَّر (إِنْ لَمْ يَعْتِقْ) أي: فيفوت رد

---

(1) في (ز): (يملك).

(2) في (ب): (القاسم) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 37/6.

(4) في (ب): (لأن).

البيع فيه[1] بالعتق[2].

(كالْمُكاتَبِ) أي: لا يُبَاع، فإن بِيعَ؛ فسخ بيعه إن لم يفت بالعتق، فالضمير المضاف إليه (إِخْراجُ) عائدٌ على العبد المدبَّر، وهو مفعول، والمضاف إليه[3] (غَيْرِ) الظاهر عوده على السيد كما فسرنا؛ أي: لا يتصرف فيه إلا سيده لا غيره.

ويحتمل أن يعود على ما ذكر من الرهن والكتابة؛ أي: وليس للسيد إخراج المدبَّر من يده لغير الرهن والكتابة.

فإن قلتَ: كلامه على التقديرين قاصرٌ، أمَّا على الأول فإنه يقتضي أنه لا يبيع خدمته ولو من المدبَّر نفسه، ولا أن يأخذ منه أو من غيره مالًا على تعجيل العتق، وليس كذلك؛ لأن هذه الأشياء كلها جائزة في المدبَّر.

وأما على الثاني فإنه يقتضي أن لا يتصرف فيه السيد بغير ما ذكر، ولو بالحرية، وهو باطل.

قلتُ: هذه الأشياء كلها راجعة إلى التصرف فيه بما يوجب عتقه، وذلك معلوم أنه للسيد، فإنه ما منع[4] من التصرف فيه بأنواع الملك؛ إلا لأنَّ عقد التدبير أوجب له نوعًا من الحرية، فإنْ كان التصرف بالحرية؛ فذلك هو المطلوب.

وأحرز ابن الحاجب هذا المعنى بقوله: ولا إخراجه عن ملكه إلا بالحرية[5].

وما ذكر من أنَّ[6] المدبر لا يُباع نصَّ عليه في "المدونة"، وقد تقدَّم نصها عند قوله: (أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي).

ونقلها ابن يونس: قال ابن القاسم فيمن قال لعبده: أنت مدبَّر، أو[7] حر عن دبر

---

(1) كلمة (فيه) ساقطة من (ز).

(2) في (ع2) و(ب): (كالعتق) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) كلمة (إليه) ساقطة من (ز).

(4) ما يقابل كلمتي (ما منع) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(5) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 2/ 793.

(6) كلمتا (من أنَّ) يقابلهما في (ز): (من).

(7) كلمتا (مدبر أو) ساقطتان من (ز) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

مني؛ فهو مدبَّر يُمْنَع من بيعه، ويُعتق في ثلثه[1].

وفيها أيضًا: ولا تُمْهِر مدبرك لزوجتك[2]؛ لأَنَّ ذلك بيع، وبيعه لا يجوز[3].

وذكر في "النوادر" –وأظنه عن كتاب[4] ابن حبيب – ما يدل على أنه لا تجوز هبة رقبته ولا خدمته؛ نعم، إن وقع ذلك ونزل حتى مات السيد؛ ففيه كلام، وفروع من أرادها فليطالع "النوادر"[5].

وقال ابن شاس –ومثله / لابن الحاجب-: ولا يرتفع[6] بإزالة الملك؛ إذ لا يجوز له[7] بيعه، ولا هبته، ولا المعاوضة عليه، ولا الوصية به، ولا يخرجه عن ملكه إلَّا بالحرية، ولا له[8] رفعه إلا بالرجوع عنه؛ إذ هو إيجاب لازم لموجبه، ولو جنى؛ لم يبع في جنايته[9]، وأسلمت خدمته.اهـ[10]. [ز:731/أ]

وما ذكر من فسخ بيعه إن وقع ما لم يعتق، فقال في "النوادر" عن كتاب ابن المواز: من باع مدبَّره جاهلًا أو ناسيًا أو عامدًا؛ رُدَّ بيعه ما لم يفت بموت أو عتق.

ثم قال في "النوادر" –بعد تفريع كثير-: قال ابن سحنون: قيل لسحنون[11]: قال مالك فيمن دبَّر شقْصًا: يقاومه شريكه وهذا بيع.

قال: قد [قال][12] مالك: يقوم عليه، فعلى هذا القول يناظرك.

---

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/6.

(2) كلمة (لزوجتك) يقابلها في (ب) و(ع2): (إلى زوجتك) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 267.

(4) كلمة (كتاب) ساقطة من (ز).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/13 وما بعدها.

(6) في (ز): (يرفع).

(7) كلمة (له) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في عقد الجواهر.

(8) كلمة (له) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في عقد الجواهر.

(9) في (ز): (حياته).

(10) عقد الجواهر، لابن شاس: 3/1202، وانظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 2/793.

(11) كلمتا (قيل لسحنون) ساقطتان من (ز).

(12) ما بين أتينا به من نوادر ابن أبي زيد.

قال غيره: وكذلك اختلف قوله إن بيع فعتق[1]، فقال في أحد قوليه: إنه يرد عتقه بكل حال[2].

وقال[3]: إن العتق ماض والبيع نافذ، وقاله ابن القاسم وابن وهب وابن كنانة وابن نافع.

وفي "المدونة": وإذا بِيع ففسخ البيع، وقد أصابه عيب مفسد بيد المبتاع؛ فعليه ما نقصه، ولا بأس أن تأخذ مالًا على أن تعتق مدبَّرك وولاؤه لك، ولا أحب لك[4] أن تبيعَه ممن يعتقه.

ومن باع مدبَّره فمات بيد[5] المبتاع؛ فمصيبته من المبتاع، وينظر[6] البائع إلى الثمن الذي قبض فيه، فيَحْبِس منه قدر قيمته أن لو كان يحل[7] بيعه على رجاء العتق له، وخوف الرق عليه، كمن استهلك زرعًا اخضَرَّ؛ فيغرم قيمته على الرجاء والخوف، فما فضل بعد ذلك بيد البائع؛ فليشتر به رقبة يدبرها[8]، فإن لم يبلغ[9] أعان به[10] في رقبة.

فأما إن أعتقه المشتري؛ أنفذ العتق، وكان ولاؤه للمبتاع، وكان جميع الثمن سائغًا لبائعه، ولا يرجع عليه المبتاع بشيء، وكذلك إن كانت مدبَّرة فوطئها المبتاع فحملت منه؛ أن[11] التدبير ينتقض[12]، وتصير أم ولد للمبتاع، ولا يرجع على البائع

(1) في (ب) و(ع2): (وعتق) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 7 و8.

(3) كلمة (وقال) ساقطة من (ز).

(4) كلمة (لك) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) كلمة (بيد) يقابلها في (ع2): (في يد).

(6) في (ز): (ونظر) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(7) في (ب): (يجعل) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(8) كلمة (يدبرها) يقابلها في (ب): (يدبر بها) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(9) في (ز): (تبلغ).

(10) كلمة (به) ساقطة من (ز) وهي في تهذيب البراذعي.

(11) في (ع2): (فإن).

(12) في (ز): (يسقط) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

بما[1] بين قيمتها مدبَّرة وقيمتها غير مدبَّرة.اهـ[2].

ويتعلق ببيع المدبَّر فروع كثيرة، وخلاف كثير يُنْظَر في المطولات.

والأصل في رد بيع المدبَّر ومنعه ابتداء قضاء عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بإبطال بيعه في ملأ خير القرون، فما أنكروا، وهذا إجماع، أو كالإجماع وهو حجتنا[3] في منعِ بيع أم الولد.

وقال مالك: الأمر المجتمع عليه عندهم أن المدبَّر لا يبيعه سيده، ولا يحوله عما أوجب[4] له، وأنه في ثلثه بعد موته.

قال مالك: ولا يجوز له -أيضًا- بيع خدمة المدبَّر؛ لأنه خطر لا يدري مبلغ حياة السيد ولا حياة المدبَّر[5].

وللعلماء خارج المذهب في جوازِ بيعه خلاف وتفصيل.

قال ابن عبد البر: وكان بعض أشياخنا يفتي ببيعه إذا تخلَّف على مولاه وأحدث أحداثًا قبيحة لا تُرْضى.اهـ[6].

ويشهد لهذا ما في "الموطأ" أن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا باعت جارية لها سحَرَتها[7]؛ لكن

(1) في (ز): (لما).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 267.

(3) كلمة (حجتنا) يقابلها في (ب) و(ع2): (حجة ما) وفي (ز): (حجته) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(4) في (ب) و(ع2): (أجيب).

(5) من قوله: (والأصل في رد بيع المدبَّر ومنعه) إلى قوله: (ولا حياة المدبر) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/6.

(6) الاستذكار، لابن عبد البر: 159/8.

(7) رور مالك في باب بيع المدبر، في موطئه (رواية محمد بن الحسن)، ص: 299، برقم (843) عن عمرة بنت عبد الرحمن، أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ، كَانَتْ أَعْتَقَتْ جَارِيَةً لَهَا عَنْ دُبُرٍ مِنْهَا، ثُمَّ إِنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا بَعْدَ ذَلِكَ اشْتَكَتْ مَا شَاءَ اللهُ أَنْ تَشْتَكِيَ، ثُمَّ إِنَّهُ دَخَلَ عَلَيْهَا رَجُلٌ سِنْدِيٌّ، فَقَالَ لَهَا، أَنْتِ مَطْبُوبَةٌ، فَقَالَتْ لَهُ عَائِشَةُ: وَيْلَكَ، مَنْ طَبَّنِي؟ قَالَ: امْرَأَةٌ مِنْ نَعْتِهَا كَذَا وَكَذَا، فَوَصَفَهَا، وَقَالَ: إِنَّ فِي حَجْرِهَا الآنَ صَبِيًّا قَدْ بَالَ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: ادْعُوا لِي فُلَانَةَ جَارِيَةً كَانَتْ تَخْدُمُهَا، فَوَجَدُوهَا فِي بَيْتِ جِيرَانٍ لَهُمْ فِي حَجْرِهَا صَبِيٌّ، قَالَتْ: الآنَ حَتَّى أَغْسِلَ بَوْلَ هَذَا الصَّبِيِّ، فَغَسَلَتْهُ ثُمَّ =

قيل: إن عمر طلب ردَّها فلم يقْدِر عليها، فأخذ من عائشة الثمنَ وجعله في مدبَّرة[1].

ويستدل مَنْ أجاز بيعه بما في "مسلم" عن جابر: أَعْتَقَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي عُذْرَةَ عَبْدًا لَهُ عَنْ دُبُرٍ، فَبَلَغَ ذَلِكَ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَقَالَ: «أَلَكَ مَالٌ غَيْرُهُ؟» فَقَالَ: لَا، فَقَالَ: «مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي؟» فَاشْتَرَاهُ نُعَيْمُ بْنُ عَبْدِ اللهِ الْعَدَوِيُّ بِثَمَانِ مِائَةِ دِرْهَمٍ، فَجَاءَ بِهَا إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: «ابْدَأْ بِنَفْسِكَ فَتَصَدَّقْ عَلَيْهَا، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ فَلِأَهْلِكَ، فَإِنْ فَضَلَ عَنْ أَهْلِكَ شَيْءٌ فَلِذِي قَرَابَتِكَ، فَإِنْ فَضَلَ عَنْ ذِي قَرَابَتِكَ شَيْءٌ فَهَكَذَا وَهَكَذَا» يَقُولُ: فَبَيْنَ يَدَيْكَ وَعَنْ يَمِينِكَ وَعَنْ شِمَالِكَ[2].

وتأوَّل أصحابنا[3] الحديث باحتمال[4] بيعه بعد موتِ سيده لدينٍ عليه، أو في الحياة لدَيْنٍ سبق التدبير.

وقال قوم: وإنما بيعت خدمته للغرماء، وهو[5] محتمل، ولولا أن بيعه لِمَا لزم ذمته؛ لَمَا تولَّاه رسول الله ﷺ؛ لأَنَّ الحاكم لا ينظر في مال أحد؛ إلا إن لزمه فيه شيء، مع أنه اختلف فيه عن جابر فروى: أعتقَ رجلٌ عبده، وروى: دبَّر، وأيضًا قوله: (ليس له[6] مال) يدل أنه خاص، والله أعلم[7].

وأما تمثيل المصنف فوات[8] بيع المدبر بالعتق بالمكاتب في ذلك، ففي

=

جاءَتْ، فَقَالَتْ لَهَا عَائِشَةُ: أَسَحَرْتِنِي؟ قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَتْ: لِمَ؟ قَالَتْ: أَحْبَبْتُ الْعِتْقَ، قَالَتْ: فَوَاللهِ لا تَعْتَقِينَ أَبَدًا، ثُمَّ أَمَرَتْ عَائِشَةُ ابْنَ أُخْتِهَا أَنْ يَبِيعَهَا مِنَ الأَعْرَابِ مِمَّنْ يُسِيءُ مَلَكَتَهَا، قَالَتْ: ثُمَّ ابْتَعْ لِي بِثَمَنِهَا رَقَبَةً...

(1) في (ز): (مدبر).

(2) رواه مسلم في باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، من كتاب الزكاة، في صحيحه: 692/2، برقم (997) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(3) في (ب) و(ع2): (أصحاب).

(4) ما يقابل كلمة (باحتمال) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(5) كلمة (وهو) ساقطة من (ز).

(6) كلمة (له) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(7) من قوله: (وتأول أصحابنا التخريج) إلى قوله: (أنه خاص، والله أعلم) بنحوه في المقدمات الممهدات، لابن رشد: 190/3.

(8) كلمتا (المصنف فوات) يقابلهما في (ز): (المصنف في فوات) ولعل الصواب ما أثبتناه.

[ز:731ب] "العتبية" قال عيسى عن / ابن القاسم: ومن باع مكاتبه؛ ردَّ البيع، إلَّا أن يعتقه المبتاع فيمضي، وكذلك إن مات عنده؛ ضمنه، ولا يرجع على البائع بشيء، ولا على البائع أن يجعل ثمنه في رقبةٍ بخلاف المدبَّر يبيعه ثم يفوت بموت. انتهى من "النوادر"[1].

قلتُ[2]: وفي فوت[3] بيعه بالعتق قولان، كما تقدَّم في المدبَّر.

وإِنْ جَنَى فَإِنْ فَداهُ وإلا أَسْلَمَ خِدْمَتَهُ تَقاضِيًا، وحاصَّهُ مَجْنِيٌّ عَلَيْهِ ثانِيًا، ورَجَعَ إِنْ وَفَّى، وإِنْ عَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ اتُّبِعَ بِالباقِي، أَوْ بَعْضُهُ بِحِصَّتِهِ، وخُيِّرَ الوارِثُ فِي إِسْلام ما رُقَّ أَوْ فَكِّهِ

يعني أنَّ المدبَّر إن جنى على نفسٍ أو مالٍ؛ فجنايته في خدمته؛ لأنَّ رقبته لا تُباع كما تقدَّم؛ فلا تكون جنايته فيها؛ كالعبد الذي لا شائبة حرية فيه، ثم يخيَّر السيد في فداء خدمته بأرش الجناية، فيبقى مدبَّرًا، أو إسلامها للمجني عليه حتى يستوفي منها أرش جنايته.

وهذا معنى قوله: (تَقاضِيًا) أي: يتقاضى المجني عليه من خدمة المدبَّر أرش جنايته حتى يستوفيَه منها، ففاعل (جَنَى) المدبَّر، وفاعل (فَداهُ) السيد، وكل من جواب (إِنْ) الأولى والثانية[4] محذوف[5] أي: إن[6] جنى مدبر؛ فسيده مخيَّر بين فدائه بأرش جنايته، أو قيمة ما أتلف من مال أو مثله، فإن فداه بما ذكر؛ بقي مدبرًا على حاله.

فقولنا: (فسيده...) إلى (أو مثله) جواب الأولى، وقولنا: (بقي...) إلى (حاله) جواب الثانية.

---

(1) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 98.

(2) كلمة (قلت) زيادة انفردت بها (ز).

(3) في (ز): (مدة).

(4) كلمتا (الأولى والثانية) يقابلهما في (ب): (الثانية والأولى) بتقديم وتأخير.

(5) كلمة (محذوف) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(6) كلمتا (أي: إن) ساقطتان من (ز).

وقوله: (وإلَّا) أي: وإن لم يفْدِه (أَسْلَمَ).

فاعل (أَسْلَمَ) السيد أي: إن لم يفده وجب عليه إسلام خدمته للمجنيِّ عليه.

وقوله: (تَقَاضِيًا) مصدر مشبه به على حذف مضاف، والعامل فيه (أَسْلَمَ)(1).

(تَقَاضٍ) أي: يتقاضى منها المجني عليه قيمة ما جنى عليه، لا إسلام(2) تمليك له إياها، فإنَّ تمليكه إياها من ناحية بيع خدمة المدبَّر لغير العبد المدبَّر، وذلك لا يجوز كما نصَّ عليه في السلم من "المدونة"(3)، وإسلامها تقاضيًا هو المشهور.

وقيل: تسلم تمليكًا.

وقوله: (وحَاصَّهُ...) إلى (ثَانِيًا) يعني: إنْ كان الذي جنى عليه المدبَّر واحدًا وجماعة في وقتٍ واحد؛ فالحكم ما ذكر من أنه تُسَلَّم خدمته(4) إلى الواحد أو الجماعة يتحاصون فيها بقدر(5) ما لكلٍّ واحد إن لم يفده سيده.

وأما إن جنى على واحدٍ أو جماعةٍ وأسلم سيده خدمته إليه أو إليهم، ثم بعد ذلك في أثناء خدمته، وقبل أن يستوفي أرش الجناية جنى على(6) آخر؛ فإنَّ الأول والثاني يتحاصَّان في خدمته، الأول بما بقي له من أرش جنايته، والثاني بجميع أرشه.

فـ(مَجْنِيٌّ) فاعل (حاصَّهُ) والمنصوب(7) بـ(حاصَّهُ) مفعول، وهو عائدٌ على المجني عليه الأول الذي قبض الخدمة.

وقوله: (ثانِيًا) حال من (مَجْنِيٌّ عَلَيْهِ)، وبقوله (ثانِيًا) علم الترتيب في الجناية، والمراد بـ(مَجْنِيٌّ عَلَيْهِ) الجنس واحدًا كان أو متعددًا.

وما ذكر من محاصة المجني عليه الثاني للأول على الوجه المذكور هو

---

(1) عبارة (السيد أي: إن...أَسْلَمَ) يقابلها في (ع2) و(ب) (أي أسلم خدمته إسلام).

(2) ما يقابل كلمتي (لا إسلام) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(3) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 86/4.

(4) ما يقابل كلمتي (تسلم خدمته) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(5) كلمة (بقدر) ساقطة من (ز).

(6) في (ب): (عليه).

(7) في (ز): (والمفعول).

المشهور، والمصنف وإن كان لم يبين كيفية محاصتهما إلا أنه معلوم لا يخفى.

وقال ابن الجلاب: يتخرج في[1] المسألة قول بأن المجنيَّ عليه الأول يخيَّر في إسلام ما بيده من الخدمة أو فدائها، كما كان السيد يخيَّر في ذلك، كما لو كان العبد قِنًّا خالصًا، فجنى وأسلمه السيد للمجني عليه؛ فإن المجنيَّ عليه يملك رقبته؛ فلذلك إن جنى على غيره بعد ذلك؛ يخير آخذه أولًا بين فدائه أو إسلامه رقًّا[2].

ومن هنا يعلم أن تخريج هذا القول إنما هو من القول بأن خدمة المدبَّر إنما تدفع للمجني عليه رقًّا، وهو القول الذي قدَّمنا.

وقوله: (ورَجَعَ إِنْ وَفَّى)؛ أي: إنْ استخدمه المجني عليه حتى وفَّى المدبَّر ما عليه من الجناية قبل موت سيده؛ فإنه يرجع إلى سيده مدبَّرًا كما كان، ففاعل (رَجَعَ) و(وَفَّى) ضمير يعود على المدبَّر، والمرجوع إليه ملكيَّة سيده لخدمته، ومفعول (وَفَّى) أرش الجناية؛ أي: ورجع المدبَّر إلى ما كان عليه من ملكية سيده لخدمته إن وَفَّى ما عليه من أرش الجناية، وذلك كله في حياة السيد، وفُهِم ذلك من كلام المصنف من قوله: (وإِنْ عتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ).

وقوله: / (وإِنْ عتَقَ...) إلى (بِالبَاقِي) أي: وإن عتق المدبَّر في أثناء الخدمة في الجناية بسببِ موت سيده وتركه مالًا؛ يخرج جميع المدبَّر حرًّا في ثلثه، فإن المدبَّر يتبع بالباقي عليه من أرش الجناية في ذمته وتسقط عنه الخدمة؛ لخروجه حرًّا. [ز:732/أ]

ومعلوم أن خروج جميعه حرًّا ليس سببه موت سيده خاصة كما يعطيه ظاهر كلام المصنف؛ بل ذلك، وكونه يسعه[3] ثلث ما ترك من المال، ومفعول (اتُّبِعَ) هو المدبَّر.

وقوله: (أَوْ بَعْضُهُ...) إلى آخره.

(بَعْضُهُ) مرفوع بالعطف على الضمير في (عتَقَ)، وصحَّ العطف على المرفوع[4]

(1) في (ز): (من).

(2) انظر: التفريع، لابن الجلاب: 330/1.

(3) في (ز): (يسع).

(4) في (ز): (المدبَّر).

المتصل من غير تأكيد بالمنفصل للفصل؛ أي: وإن عتق بعض المدبَّر لكون السيد مات، ولم يترك من المال ما يخرج جميع المدبَّر في ثلثه؛ بل يعتق في ثلث[1] بعضه خاصة، وكذا لو لم يترك غير المدبَّر؛ فإنه يعتق ثلثه من نفسه.

فإذا خرج بعضه حرًّا؛ اتبع ذلك البعض الحر بما ينوبه من باقي أرش الجناية، وإن عتق ثلثه؛ اتبع بثلث الباقي من الأرش، وإن عتق نصفه؛ اتبع بنصف الباقي[2]، وعلى هذا القياس.

وما رُقَّ منه يكون ملكًا لورثة سيده، فيخيرون فيه إما أن يفدوه بالباقي من الأرش بعد الذي أدَّى، وبعد الذي يتبعه به جزأه العتيق، فإن فدوا باقيه بذلك؛ بقي رقيقًا لهم، وإما أن يسلموا ما لم يعتق منه في باقي الأرش للمجني عليه فيأخذه رقيقًا.

والعامل في (**بِحِصَّتِهِ**) (**اتُّبِعَ**) محذوفًا لدلالة الأوَّل عليه؛ أي: وإن عتق بعضه اتبع ذلك بحصته من الباقي.

وقوله: (**فِي إِسْلَامِ ما رُقَّ منه**) يعني: نفس الجزء الرقيق لا خدمته؛ لأنه عاد رقيقًا.

وقوله: (**أَوْ فَكِّهِ**) أي: بباقي الأرش بعد ما ذكرنا، وهذه المسألة من أولها إلى آخرها في كتاب الجنايات من "المدونة"، وفيها زيادة[3] لم يذكرها المصنف؛ اتباعًا لابن شاس، وابن الحاجب، ولا بدَّ منها، وهي أن السيد لا يخير في فدائه أو إسلامه؛ إلَّا إذا لم يكن للمدبَّر مال تؤدَّى[4] منه الجناية.

ونص "التهذيب": وما جنى العبد، أو استهلك من الأموال؛ فهو في رقبته، وأما المدبَّر يجني أو يستهلك مالًا؛ فذلك سواء، وهو في خدمته إلَّا[5] أن يكون للمدبَّر مال، فيدفع في جنايته، فإن كان فيه وفاء بالجناية؛ رجع إلى سيده، وإن لم يوف بذلك،

---

(1) في (ع2) و(ب): (ثلثه) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) في (ز): (الثاني).

(3) في (ز): (زيادات).

(4) في (ز): (يؤدِّي).

(5) كلمة (إلَّا) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

أو لم يكن معه شيء؛ خُيِّرَ سيده، فإمَّا فدى خدمته بجميع ما جنى أو استهلك، أو بما عجز عنه ماله من ذلك[1]، أو يدفع[2] إليهم خدمته، فيتحاصون فيها.

فإن مات السيد والثلث يحمله؛ عتق واتبعوه بما بَقِيَ لهم، وإن لم يترك غيره؛ عتق ثلثه واتبعوه بثلث ما بقي لهم، وخير الورثة في فداء ما رُقَّ منه، أو إسلامه[3].

ثم قال بعد هذا بمسائل: وأمَّا المدبَّر يجني فتسلم خدمته، ثم يجني على آخر؛ فإنه يحاص الأول في الخدمة، ولا يخير سيده ههنا، ولا مَنْ أسلم إليه بخلاف العبد.اهـ[4].

وقال -أيضًا- قبل هذا في الكتاب المذكور: قال مالك: وإذا جنى المدبَّر وله مال؛ دفع ماله لأهل الجناية، فإن لم يكن فيه وفاء؛ قيل لسيده: أسلم خدمته، أو افتدها بباقي الجناية.

وإن جنى على جماعة فأسلم إليهم؛ تحاصوا في خدمته، ولو جَرَحَ واحدًا فأسلم إليه خدمته، ثم جرح آخر؛ تحاصَّ مع الأول في الخدمة هذا بجنايته والأول بما بقي له.اهـ[5].

وظاهرها أن الابتداء بمال المدبَّر؛ لكنه قال فيما إذا جنى ثم أعتقه[6] سيده: إن أراد حمل الجناية؛ فذلك له، وإلا حلف ما أراد حملها ورُدَّت خدمته، وخيِّر بين أن يسلمه أو يفديه مدبرًا، فإن أسلمه وكان للمدبر مال؛ أخذت منه الجناية[7].

فظاهر هذا أن البداية يتخير[8] السيد.

---

(1) كلمتا (من ذلك) يقابلهما في (ز): (بذلك) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) في (ب) و(ع2): (تدفع) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 362.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 364.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 359.

(6) كلمتا (ثم أعتقه) يقابلهما في (ب): (فأعتقه).

(7) قوله: (إذا جنى ثم أعتقه سيده:... الجناية) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 361.

(8) في (ز): (يخير).

قال عياض: وذكر فضل عن سحنون أن السيد يُبدأ، فترُد الأولى إلى هذه، ومثله في كتاب محمد.

قال عياض: فجعلوا ما في "المدونة" وكتاب محمد، وقول سحنون وفاقًا.

وقيل: إنه مختلف فيه، وأن أحدَ القولين البداية بمال العبد والمدبَّر وطلب[1] معونته، فإن لم يكن له مال، ولم يجد من يعينه[2]؛ / خُيِّرَ السيد، وهو ظاهر أول كتاب الجنايات في الجاني يعتق. [ز:732ب]

ومعنى[3] قول فضل أنَّ مسألة المدبَّر تفسره، وجعله وفاقًا كما قال غيره.

وقال اللخمي: هو على[4] الخلاف هل يرجع إذا فداه السيد[5] رقيقًا أو حرًّا، فعلى الأول؛ يُبدأ بماله، وعلى الثاني؛ يُبدأ بالسيد[6].

فحمله اللخمي على الخلاف، وحمله فضل وابن يونس وغيرهما على الوفاق[7].

وما ذكر اللخمي من القول بأن فداءه للرق لا[8] يجري في رقبة المدبَّر؛ إذ لم يقل به، نعم يجري في ماله؛ إذ له انتزاعه.

واعترض رجوع خدمة المدبَّر إلى سيده في حياته بعد استيفاء الأرش منها، فإنَّ السيد حين أسلمها ملكها للمجني عليه، فكان ينبغي أن تكون له إلى موت المدبَّر أو السيد، كما لو أسلم له رقبة القِن، فإنه يملكها، فلا فَرْق بين ملكيَّة الرقبة والخدمة، فكما لا ترجع الرقبة بعد إسلامها لا ترجع الخدمة بعد ذلك.

---

(1) كلمتا (والمدبَّر وطلب) يقابلهما في (ز): (والمدبَّر وطلب وطلب).

(2) ما يقابل كلمة (يعينه) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(3) في (ز): (ويجني).

(4) كلمة (على) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تنبيهات عياض.

(5) كلمتا (فداه السيد) يقابلهما في (ز): (أبرأه للسيد) وما اخترناه موافق لما في تنبيهات عياض.

(6) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 2748/5 و2749، وما تخلله من قول اللخمي فهو في التبصرة (بتحقيقنا): 6303/11.

(7) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 460/11 و461.

(8) في (ز): (ولا).

وأجيب بأن رجوعها إلى السيد بعد الاستيفاء هو العدل؛ لأنه إمَّا أن يسلم ليختدمه المجني عليه حياة السيد ثم يتبعه بقيمة الجناية، وفي ذلك حيْفٌ على المالك، وإمَّا أن يأخذ الخدمة ما بلغت ولا يتبع[1] بشيء، وفيه غرر؛ إذ لا يدري مبلغها، فلم يبقَ إلا أخذها على وجه المحاسبة ويتبع بما نقص، ويرجع الزائد إلى السيد.

وقال أبو إسحاق: له أن يقاص أهل الجناية بما أخذوا من الخدمة متى شاء، ويدفع[2] إليهم ما بقي من الأرش؛ لأَنْ دفعه الخدمة ليس بإسلام لجميعها، ولذا ترجع إليه إذا استوفى[3] الأرش.

وقد قيل: إنه مخير[4] في إسلام جملة الخدمة أو فدائه؛ لأنه القَدْر الذي يملك.

وعلى هذا القول لا رجوع له فيها إذا أسلمها، وإن حمله الثلث وعتق؛ لم يتبع ببقيتها؛ لأَنَّ المجنيَّ عليه لما ملك جملتها كان زيادتها لهم ونقصانها عليهم.

وإن عتق بعضه؛ لم يتبع ذلك البعض -أيضًا- بشيء، وإن الورثة لا يخيرون فيما رقَّ منه؛ لأن سيده لمَّا رضي بإسلام الخدمة كأنه أسلمها، وما يكون عنها من رقبته.اهـ[5].

وحاصل هذا الاختلاف أنَّ دفعَ السيد لخدمة المدبَّر، هل هو[6] على سبيل التقاضي كما ذكر في "المدونة"، وهو المشهور، أو على سبيل المعاوضة؟

فعلى الأول ترجع باقي الخدمة إلى السيد، ويتبع المدبَّر بعد عتقه بباقي الجناية، وعلى الثاني لا يرجع، ولا يتبع.

قال ابن المواز: وإنما خير الورثة في إسلام ما رقَّ منه أو افتكاكه[7] مع أنَّ[8]

---

(1) في (ز): (ينبغي).

(2) كلمة (ويدفع) يقابلها في (ز): (ولا يدفع) وما أثبتناه موافق لما في التوضيح، لخليل: 410/8.

(3) في (ز): (استوفوا).

(4) في (ز): (يخير).

(5) قوله: (وقال أبو إسحاق: له... رقبته) بنحوه في المختصر الفقهي، لابن عرفة: 365/10 و366.

(6) في (ز): (هذا).

(7) كلمتا (أو افتكاكه) يقابلهما في (ب): (وافتكاكه).

(8) كلمة (أنَّ) ساقطة من (ز).

السيد أسلم جميع الخدمة؛ لأن السيد إنما أسلم الخدمة، ولم يسلم الرقبة، فإذا صار الأمر إلى الرقبة؛ فهو شيء آخر لم يتقدَّم فيه تخيير أحد[1].

فرعان:

الأول: قال أبو إسحاق: إن جني على المدبر بعد إسلام خدمته، فقيل: الأرش لسيده، وقيل: للمجني عليه، وهو الأشبه، ويقاص به من جنايته؛ لأن ما ذهب[2] من أعضائه قبل موت سيده صار في حكم الرق، فكان المجني عليه أَوْلَى به، كما لو قتل فإنه يتبين أن تدبيرَه بطل لموته قبل السيد، وأنه يجب أن يسلم رقًا أو يفتدي. اهـ[3].

قلتُ: وفيما رجَّح به نظر؛ لأن أرش جراحاته كغلته، وهي[4] للسيد، وما قاس عليه من حال موته[5] لا يتحقق فلا يُعتَبر أصلًا؛ لسقوطِ جميع أحكامه بموته.

الثاني: قال ابن شاس: روى أشهب: إن جنى مدبَّر صغير لا عمل عنده؛ لم يسلم حتى يبلغ الخدمة، فإن مات قبل ذلك؛ سقط حقُّ المجني عليه، وكذا المدبَّرة لا عمل عندها ولا صنعة.

قيل: فلمَ تؤخر الكبيرة؟

قال: قد يموت سيدها وتصيب[6] مالًا، أو يكون شيء.اهـ[7].

ونقل ابن يونس: هذا الفرع في كتاب الجنايات عن ابن المواز[8].

---

(1) قوله: (قال ابن المواز: وإنما خير الورثة في إسلام... تخيير أحد) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 172/17.

(2) في (ز): (يذهب).

(3) ما يقابل كلمة (يفتدي) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(4) في (ب): (وهو).

(5) ما يقابل كلمة (موته) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(6) كلمة (وتصيب) يقابلها في (ز): (أو تصيب).

(7) عقد الجواهر، لابن شاس: 1202/3.

(8) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 468/11.

وَقُوِّمَ بِمالِهِ، وإِنْ لَمْ يَحْمِلِ الثُّلُثُ[1] إلا بَعْضَهُ عَتَقَ وأُقِرَّ مَالُهُ[2] بِيَدِهِ

يعني أن المدبَّر إذا مات سيده، فإنه إنما يعتق في ثلث ما ترك سيده من المال، فيقوم المدبر بماله إن كان له مال، فإن كان قيمته بماله مقدار الثلث أو أقل؛ عتق واتبعه ماله.

وإن لم يحمل الثلث إلا بعض المدبر؛ عتق ذلك البعض الذي حمل الثلث منه، وأُقِرَّ ماله / بيده هذا قول ابن القاسم. [ز:733/أ]

وقال ابن وهب وربيعة ويحيى بن سعيد والليث: إذا لم يحمله[3] الثلث بماله؛ ضُمَّ ماله مع التركة، وأعتق في ثلث الجميع.

نقل هذا الخلاف اللخمي، والشيخ أبو محمد في "النوادر"، ونصها: قال عيسى بن دينار: حدثني ابن وهب عن ربيعة والليث ويحيى بن سعيد أنه يجمع هو وماله إلى مالِ الميت، فإِنْ حمله الثلث بماله؛ عتق[4] وكان له ماله، وإن حمل الثلث رقبته[5] وبعض ماله؛ عتق، وكان له من ماله ما حمل منه مع رقبته.

وإن لم يَدَع غير المدبَّر وماله، وقيمة رقبته[6] مائة، وماله ثمانمائة؛ عتق المدبر وكان له مائتا دينار فهكذا يحسب، وكذلك يضم ماله إلى ما ترك الميت، وهكذا يصنع في الموصَى بعتقه، وله مال، وهذا رأي ابن وهب، وبه يأخذ.

وقال ابن القاسم عن مالك في غير هذا الكتاب: إن حمله الثلث بماله؛ عتق، وإن لم يحمله بماله؛ عتق منه محمل الثلث وأُقِرَّ ماله في يده.

قال سحنون عن ابن القاسم: إذا كان قيمة المدبَّر مائة، وماله مائة، وترك سيده

---

(1) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (وإذا لَمْ يَحْمِلِ الثُّلُثُ) بـ(إذا) الشرطية عوضًا عن (إن).

(2) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (وَبَقِيَ مَالُهُ).

(3) في (ب): (يحمل).

(4) في (ب): (أعتق).

(5) في (ب): (باقيه) وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(6) كلمتا (وقيمة رقبته) يقابلهما في (ع2): (وقيمته) وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

مائة؛ عتق نصفه وأُقِرَّ ماله[1] بيده؛ لأَنَّ قيمته بماله مائتان، ولا ينزع منه شيء، هذا قول مالك[2].

ثم قال في "النوادر" بعد هذا: قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك في المدبَّر له مال: يقوم به في الثلث كعضو من أعضائه ويتبعه إن خرج، وإن خرج بعضه؛ أُقِرَّ جميعه بيده، فإن كانت قيمته مائة وماله مائتان، ولم يدع[3] غيره؛ عتق ثلثه وأُقِرَّ ماله بيده، ولا يؤخذ منه المائتان فيعتق جميعه.

قال ابن حبيب: وانفرد ابن وهب بقوله عن مالك وأصحابه. انتهى نقل "النوادر"، وفيه اختصار[4].

وابن القاسم حافَظَ على مال المدبَّر، وابن وهب حافظ على تكثير ما يعتق منه.

وقال اللخمي -وهو في "النوادر" أيضًا- قال في كتاب محمد: من دبَّر عبده في صحته، واستثنى ماله؛ فذلك جائز، وقاله مالك.

قال ابن القاسم: يستثنيه بعد الموت، ويقوم في ثلث سيده بغير مال، ويؤخذ ما في يديه[5]؛ فيحسب من مال سيده بمنزلة من قال: إذا مت فعبدي حر، أو مدبر، وخذوا ماله[6].

قلتُ: وما نقل عن ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون هو الذي ذكره المصنف، ومثله في "المدونة"، إلَّا أنه ذَكَرَه في مدبَّر خاص، وهو الذي كوتب بعد التدبير، والحكم واحد.

ونصُّ "التهذيب": ولا بأس بكتابة المدبر، فإن أدَّى عتق، وإن مات السيد؛ عتق في ثلثه ويقوم بماله في الثلث، ويسقط عنه باقي الكتابة، وإن لم يحمل الثلث رقبته؛

---

(1) عبارة (في يده قال سحنون عن ابن القاسم... وأقر ماله) ساقطة من (ز).

(2) كلمة (مالك) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(3) كلمتا (ولم يدع) يقابلهما في (ز): (ويدع) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 38/13 و39.

(5) في (ز): (يده).

(6) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3919/7.

عتق منه محمل الثلث، وأُقِرَّ ماله بيده، ووضع عنه من كل نجم عليه بقدر ما عتق منه، وانظر تمامها في "المدونة"[1]، وكلام الأشياخ عليها، فإنها من المسائل المهمة حتى حُكي عن الشيخ أبي محمد صالح رَحِمَهُ اللَّهُ أن فقيهًا من كبار المشارقة[2] دخل بلاد المغرب، فقال له أبو يحيى بن عشرين: أتحسن في "المدونة" شيئًا؟

فقال: نعم، فألقى عليه مسألة المدبَّر يكاتب ويموت سيده وعليه دين يغترقه؛ فتبلَّد فيها، فقال له: أراك لا تحسن شيئًا.

وإِنْ كَانَ لِسَيِّدِهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ عَلَى حاضِرٍ مُوسِرٍ[3] بِيعَ بِالنَّقْدِ، وإِنْ قَرُبَتْ غَيْبَتُهُ اسْتُؤْنِيَ قَبْضُهُ وإلا بِيعَ، فَإِنْ حَضَرَ الغائِبُ أَوْ أَيْسَرَ المُعْدِمُ بَعْدَ بَيْعِهِ عَتَقَ مِنْهُ حَيْثُ كَانَ

يعني: أنَّ سيد المدبَّر إذا مات وترك مالًا حاضرًا لا يخرج جميع المدبَّر من ثلثه، وللسيد دين لو حضر وضُمَّ إلى المال الحاضر؛ خرج المدبَّر في ثلثه حرًّا[4]، فإن كان الدين حالًّا على حاضر موسر؛ فلا إشكال؛ لأنه يقتضى ويضم إلى الحاضر، ويعتق المدبَّر في ثلثه.

وهذا القسم لم يذكره المصنف؛ لوضوحِه؛ إذ هو في حكم الحاضر، وإن كان دينُ السيد مُؤَجَّلًا على حاضر موسر؛ بِيعَ ذلك الديْن بالنقد على سُنَّة بيع الدين، وضُمَّ ما بيع به الديْن إلى الحاضر، وعتق المدبر في ثلثه، أو ما حمل الثلث منه.

فقول المصنف في هذا القسم: (**بِيعَ بِالنَّقْدِ**) يعني: وضم ما بِيعَ به إلى الحاضر كما ذكرنا.

وقوله: (**وإِنْ قَرُبَتْ**...) إلى (**قَبْضُهُ**) يعني: وإن كان الموسر[5] الذي عليه الدين غير

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 267/2.

(2) في (ب) و(ع2): (المشارق) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (مَلِيءٍ).

(4) كلمة (حرًّا) ساقطة من (ز).

(5) في (ز): (المدبَّر).

حاضر؛ بل غائبًا، فإنْ قربت / غيبته؛ استؤني بعتقِ المدبر قبض ذلك الدين؛ إذ الفرض[1] أنه لا يخرج من ثلث الحاضر، ولا ضرر عليه في الاستيناء؛ ليكمل عتقه. [ز:733ب]

فالضَّمير المضاف إليه (غَيْبَتُهُ) يعود على الموسر[2] الذي عليه الدين، والمضاف إليه قبض يعود على الدين.

وقوله: (اسْتُؤْنِيَ) أي: بعتقِ المدبَّر ولا يعجل عتق ما حمل ثلث الحاضر منه، وإنما لم يبع الديْن في حال غيبة المديان كما بِيعَ في حال حضوره؛ لأَنَّ شرط بيع الدين من[3] غير المدين[4] حضور مَنْ عليه الدين؛ ليعلم أمليء هو[5] أو معدم، وإقراره؛ لئلا ينكر[6]، فإن كان المديان غائبًا؛ لم يجز بيع الدين الذي عليه؛ لما في ذلك من الغرر.

وظاهر كلام المصنف أن هذا الديْن الذي على قريب الغيبة مؤجَّل؛ لأَنَّ الضمير المضاف إليه (غَيْبَتُهُ) يعود على مَنْ عليه الدين -كما قدَّمنا- وهو إنما فَرَضَ الدين مُؤَجَّلًا، ثم قسَّم المديان إلى حاضر وغائب، والغائب إلى قريب الغيبة وبعيدها.

وابن شاس وابن الحاجب جعلا الديْن على قريب الغيبة حالًّا، وهو المناسب لقولهم: (اسْتُؤْنِيَ قَبْضُهُ)[7]، ولو كان مؤجلًا؛ لقالوا: (استؤني حلول أجله)، إلَّا أن يقال: لا فائدة في استيناء[8] حلول أجله، وإنما الفائدة في قبضه، وهو الذي ينبغي أن يستأنى.

ويحتمل أن يعود الضمير في قول المصنف: (غَيْبَتُهُ) على المديان مطلقًا؛ كان ما عليه من الديْن حالًّا أو مؤجلًا، أو يعود على دَيْن وغيبته بغيبة مَنْ هو عليه، وهذا هو

---

(1) ما يقابل كلمة (الفرض) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(2) في (ز): (المدبَّر).

(3) في (ز): (عن).

(4) في (ز): (المديان).

(5) كلمة (هو) ساقطة من (ب).

(6) في (ز): (يترك).

(7) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1201/3 وجامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 792/2.

(8) في (ز): (استثناء).

الظاهر؛ إذ لا فرق في المعنى إنْ غاب الغريم بين أن يكون الدَّيْن حالًّا أو مؤجلًا، وهذا أجرى مع نص "العتبية" على ما نقل في "النوادر".

وقوله: (وإلا بِيعَ...) إلى آخره نفي[1] الشرط راجعٌ إلى كون الدين على موسر حاضر، وإلى كونه على غائب قريب الغيبة؛ أي: وإن لم يكن ديْن السيد على موسر حاضر؛ بل على حاضر معدم، أو لم تقرب غيبة المديان؛ بل كانت غيبته بعيدة؛ لم ينتظر بعتقِ ما يعتق من المدبر يسار[2] المعدم، ولا قبض الديْن الغائب البعيد الغيبة؛ لأَنَّ في انتظارهما ضررًا على المدبَّر؛ لاحتمال أن يضيع شيء من المال الحاضر في مدة الانتظار، فيقل ما يعتق منه؛ بخلاف الغيبة القريبة، فإنه لا ضررَ عليه في الانتظار معها؛ لأَنَّ الغالب مع القُرب السلامة.

فإذا عتق من المدبَّر مع العدم، أو مع الغيبة البعيدة ما عتق، ورُقَّ منه ما رق للورثة؛ فإنه مَهْمَا قبض من الدين شيء؛ عتق ما بقي من المدبَّر في ثلثه، أو ما حمل الثلث مما بقي منه، ولأجلِ أن عتقه فيما حضر لا ينتظر به؛ قبض[3] من الدين[4] البعيد الغيبة لو كان على سيد المدبَّر ديْن يغترق المدبَّر وسائر التركة؛ فإن المدبَّر يباع في الديْن ولا ينتظر الديْن البعيد الغيبة ولا اليسار، ثم مهما حضر الغائب أو أيسر المعدم، واقتضى شيئًا من الديْن؛ فإنَّ البيع يُرَد، ويعتق المدبر أو بعضه في ثلث ما يحصل من الديْن.

فقول المصنف: (وإلا بِيعَ) عبارة قلقة جدًّا، وبسط العبارة الجيدة أن يقول: (وإلا عتق منه ثلث الحاضر ورق الباقي) فإن باع الورثة ما رُقَّ منه لأنفسهم، أو كان على ميتهم ديْن يرد المدبَّر كله أو بعضه فباعوه لذلك، ثم اقتضى من الدين المذكور شيء؛ فإن بيعَه يرد حيث كان، إمَّا مِنَ المشتري من الورثة لأنفسهم، أو ممن وهبوه له، أو ممن تصدَّقوا به عليه، أو من المشتري منهم لقضاء الدين، أو ممن اشترى من

(1) ما يقابل كلمة (نفي) غير قطعيِّ القراءة في (ز).
(2) في (ز): (ليسار).
(3) عبارة (شيء عتق ما بقي... به قبض) ساقطة من (ز).
(4) كلمتا (من الدين) زائدتان من (ز).

كل من المشترين المذكورين وإن بَعُد.

وهذا هو المراد بقوله: (حَيْثُ كانَ) وليس بيعه بلازم عن انتفاء الشرطين الأولين، كما يعطي قوله: (وإلا بِيعَ)، ولو قال: (وإلَّا[1] رُقَّ زائد ثلث الحاضر فَإِنْ حَضَرَ...) إلى آخر ما قال؛ لكان أَوْلَى، لكنه رأى أن البيع يستلزم الإرقاق.

ثم قوله: (وإلا بِيعَ) يحتمل أن يريد: وإلا كان للورثة أن يبيعوا ما رُقَّ منه لأنفسهم إن شاءوا[2].

ويحتمل أن يريد: وإلا بيع للغرماء إنْ كان على سيده ديْن يغترق التركة، والمدبَّر وهو الظاهر من قوله: (بِيعَ) فإن ظاهره بيع الجميع، ولا يكون ذلك إلا مع الديْن المحيط به وبالتركة، وعلى هذا الاحتمال الثاني نقل ابن شاس المسألة[3].

وعلى الأول[4] نقلها ابن الحاجب على ما في بعض النسخ، فإن في / بعض [ز:734/أ] نسخه: (وإلا بيع) وفي بعضها بزيادة: (للغرماء)[5]، فتوافق[6] ابن شاس، وهي التي شرح ابن عبد السلام[7]، والفقه على الاحتمالين صحيحٌ.

ونصُّ المسألة في "النوادر" من[8] "العتبية": روى عيسى عن ابن القاسم: من مات عن مدبَّر، وله ديْنٌ إلى عشر سنين ونحوها؛ فليبع بما يجوز بيعه، ويعتق المدبَّر من ثلثه، أو ما حمل الثلث منه.

وإن غاب المديان ببلد نائية؛ كتب إليه وأوقف المدبَّر[9] حتى يقبض الدين،

---

(1) كلمة (وإلَّا) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(2) في (ب) و(ز): (شاء) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1201/3.

(4) كلمة (الأول) يقابلها في (ب): (احتمال الثاني).

(5) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 792/2.

(6) في (ز): (فيوافق).

(7) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 166/17 و167.

(8) في (ب) و(ع2): (في).

(9) كلمة (المدبَّر) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

أو[1] يباع هناك إن أقرَّ به الغريم وكان حاضرًا بالبلد.

وإن يئس من الدين؛ لعدم الغريم، أو لغيبة بعيدة لا تُرجى؛ فليعتق فيما حضر من ماله ويرق باقيه، ثم إن أيسر[2] الغريم، وقدم الغائب فقبض منه المال، فإن كان المدبَّر بيد الورثة؛ عتق في ثلث ما أخذ من الدين، وإن خرج من أيديهم ببيعٍ أو هبة أو صدقة، فما أخذ من الدين؛ فللورثة، ولا شيء فيه للمدبَّر.

قال عيسى: يعتق ذلك منه حيث كان، وليس للمشتري أن يرد ما بقي في يديه، والذي قال عيسى هو المعروف عن مالك وأصحابه في كلِّ ديوان ذكرناه.

قال سحنون: وهو قول أصحابنا.

وذكر ابن حبيب المسألة كلها عن أصبغ عن ابن القاسم مثل ما ذكر عيسى، وقاله أصبغ وابن حبيب.

قال ابن حبيب[3]: قال أصبغ من ترك مدبَّرًا وعليه دين محيط، فبيع فيه[4]، ثم طرأ للسيد مال[5]، فإن حمله ثلثه بعد رَدِّ ثمنه؛ رُدَّ[6] وعتق عن الميت؛ أعتقه المشتري أو لا، وإن لم يحمل إلا بعضه؛ عتق ذلك، فإن لم يعتقه المبتاع؛ خيِّر بين ردِّ ما بقي منه أو التمسك بحصته من الثمن.

وإن أعتقه عتق منه على الميت محمل ثلثه، ومضى عتق المبتاع لباقيه، ورُدَّ عليه من الثمن بقدر ما عتق منه عن الميت، ومن[7] قيمة العيب الذي دخله من العتق بعدما فوت بالعتق يقوَّم على أنه لم يعتق منه شيء، وعلى أنه عتق منه كذا، ويفض[8] ما بين

(1) كلمتا (الدين، أو) يقابلهما في (ز): (الدين المدبَّر، أو) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(2) في (ب): (يسر).

(3) عبارة (قال ابن حبيب) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(4) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(5) كلمة (مال) ساقطة من (ب).

(6) كلمة (ردَّ) ساقطة من (ب) و(ع2)، وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 14/6.

(7) كلمة (ومن) يقابلها في (ز): (أو من) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(8) كلمة (ويفض) يقابلها في (ز): (أو بعض) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

القيمتين على ما عتق منه عنه؛ لأنه أخذ ثمن ما عتق عن الميت، وكذا لو باعه السيد في صحته ثم مات فأعتقه المبتاع، وفي ثلث البائع محمل له أو لبعضه؛ لفض على ما فسرنا، بخلاف عتق المشتري له في حياة البائع، فإنه يمضي؛ إذ لم يكن أصابه من عتق البائع شيء.

ومن كتاب ابن المواز، قال مالك: إنْ بيع مدبَّر لدين محيط[1]، ثم طرأ مال؛ نقض البيع، ورد إلى العتق.اهـ[2].

والذي ذكر أبو محمد أن قولَ عيسى هو المعروف من قول مالك وأصحابه وهو الذي ذكر المصنف.

وقال اللخمي: إنه -أيضًا- ظاهر "المدونة".

قال: والأول أحسن، ورجَّحه بما يوقف عليه من كلامه[3].

قلتُ: وهو ظاهر؛ لأنَّ الحكم رُد عتقه فلا يُنقض بعد، وفي بيعه على القول الثاني إشكال، فإنه من بيعتين في بيعة، فإن المشتري لا يدري أيُّ الصفقتين ابتاع؛ إذ لا يدري[4] هل يبقى له العبد بتقدير ألا يقتضي من المال شيء، أو يأخذ ثمنه كما تقدَّم.

إلا أن يقال: إن إيسار المعدم، وقدوم الغائب الغيبة البعيدة التي لا تُرْجَى من الأمور النادرة.

والأصل بقاء[5] ما كان على ما كان، والأمور النادرة لا تُراعى؛ فلذا جاز البيع، ويشبه بعض المسائل التي يطرأ فيها الخيار الحكمي، وفيه نظر[6].

وبقي في تخصيص المصنف، ومن وافقه الانتظار بالغيبة القريبة نظر، وكذا إطلاقهم في الغيبة البعيدة.

---

(1) ما يقابل كلمة (محيط) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13 /29 و30، وما نسبه للعتبية فهو في البيان والتحصيل، لابن رشد: 21/15.

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3917/7 و3918.

(4) عبارة (أي الصفقتين ابتاع إذ لا يدري) ساقطة من (ب).

(5) كلمة (بقاء) ساقطة من (ز).

(6) كلمة (نظر) ساقطة من (ز).

وقد رأيت من نصِّ "العتبية" أنه ينتظر في الغيبة إلى بلد نائية، وأن عدم الانتظار إنما هو مع العدم، أو الغيبة البعيدة التي لا تُرجى، فهي أخص مما ذكر المصنف، وبه يتقوَّى ما ذكرنا[1] من أن رجوعه من تلك الغيبة صورة نادرة، ففي كلام المصنف وابن الحاجب وابن شاس مخالفة لنقل[2] "العتبية" في الموضعين.

وقد رأيت من نقل "النوادر" للمسألة: ما إذا باع الورثة لأنفسهم، وهو ما في "العتبية"[3]، وما إذا بيع للغرماء[4]، وهو ما ذكر ابن حبيب.

وذكر في "المدونة" ما إذا بيع للدين، ثم طرأ مال للميت، فقال: وإن اغترقه الدين؛ رقَّ، فإن بِيعَ فيه، ثم طرأ مال للميت؛ نقض البيع وعتق في ثلثه[5].

وهذا الذي في "المدونة" أعم من أن يكون المال على عديم خاص، أو على بعيد الغيبة، / أو وهب للميت بعد موته، أو حصل له بأي وجه كان. [ز:734ب]

وظاهرها أن البيع ينقض ولو أعتقه المشتري كقول أصبغ، وليس هذا بمناقضٍ لقوله في "المدونة": إن بيع المدبَّر فأعتقه المشتري بعد البيع؛ لأنَّ النقضَ هنا لرجوعه مدبَّرًا، فالعتق أَوْلَى، والنقض فيما بِيعَ للدين وأعتق للعتق[6]، فلمَّا لم يُفِتْه العتق بعد النقض نقض؛ لأنَّ نقضه هو القياس ولا معارض له، وقد تقدَّم هذا في نقل ابن حبيب.

قلتُ: وإنما يتم هذا الفرق إنْ كان في المال الذي طرأ ما يعتق جميع المدبَّر في ثلثه، وأما ما لا يعتق جميعه في ثلثه؛ فالأَوْلَى أن لا ينقض البيع فيه مع العتق الذي حصل فيه للمشتري؛ بل[7] بقاؤه معتقًا أَوْلَى، والله أعلم.

---

(1) في (ز): (ذكر).
(2) في (ب) و(ع2): (نقل) ولعل الصواب ما أثبتناه.
(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 33/10.
(4) كلمة (للغرماء) ساقطة من (ب).
(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 264/2.
(6) كلمة (للعتق) ساقطة من (ب).
(7) في (ز): (بأن).

و: «أَنْتَ حُرٌّ قَبْلَ مَوْتِي بِسَنَةٍ» إنْ كَانَ السَّيِّدُ مَلِيًّا لَمْ يُوقَفْ، فَإذا ماتَ نُظِرَ؛ فَإنْ صَحَّ اتُّبِعَ بِالخِدْمَةِ وعَتَقَ مِنْ رَأْسِ المَالِ، وإلا فَمِنَ الثُّلُثِ ولَمْ يَتَّبِعْ، وإنْ كَانَ غَيْرَ مَلِي وُقِفَ خَراجُ سَنَةٍ، ثُمَّ يُعْطَى السَّيِّدُ مِمّا وُقِفَ ما خَدَمَ نَظِيرُهُ

يعني: أنَّ من قال لعبده: أنت حر قبل موتي بسنة، فإن السيد إن كان مليئًا؛ لم يوقِف من خراج العبد شيء من يوم أوجب له السيد ذلك؛ بل يترك لخدمته وقبض خراجه، فإذا مات السيد؛ نظر، فإن كان السيد صحيحًا في السنة التي قبل موته؛ تبين أن العبد كان فيها معتقًا[1] بمقتضى شرط السيد؛ فيعتق العبد من رأس مال سيده، ويتبع سيده بكراء[2] خدمته في تلك السنة التي كان فيها حرًّا.

وإلى هذا أشار من أول المسألة إلى قوله: (المَالِ)، فمفعول (يُوقَفْ) في كلام المصنف ضمير يعود على خراج العبد المفهوم من السياق، وفاعل (ماتَ) و(صَحَّ) ومفعول (اتُّبِعَ) ضميرٌ يعود على السيد.

وقوله: (وإلَّا...) إلى[3] (لَمْ يَتَّبِعْ) أي: وإن لم يصح السيد في السنة التي[4] اتصلت بموته؛ بل كان فيها مريضًا؛ فإن العبد يعتق من ثلثِ تركته؛ لأنه تبيَّن أنه عتق مريض، وحكمه أن يكون من الثلث، ولا يتبع السيد بكراء خدمة تلك السنة؛ لأنَّ كل من يخرج من الثلث غلته لسيده؛ إذ لا ينظر فيه إلا بعد الموت، وكان الأَوْلَى أن يقول: ولا يتبع بـ(لا)[5] دون (لم).

وقوله: (وإنْ كانَ غَيْرَ...) إلى آخره؛ أي: وإنْ كان السيد حين أوجب لعبده الحرية المذكورة غير مليء؛ بل عديمًا؛ فإنه لا يُمَكَّن من قبض خراج العبد سنة من يوم أوجب له ذلك العقد، ويكون خراجه في تلك السنة موقوفًا، فإذا تمَّت السنة، فما

(1) كلمة (معتقًا) ساقطة من (ز).

(2) عبارة (سيده ويتبع سيده بكراء) يقابلها في (ز): (وبكراء).

(3) كلمة (إلى) ساقطة من (ع2).

(4) كلمة (التي) ساقطة من (ز).

(5) في (ز): (ما).

حصل بعدها من خراج العبد، يعطى السيد مقدار ذلك الخراج الحاصل بعد السنة من الخراج[1] الموقوف، ويجعل هذا الخراج الحاصل بعد السنة موقوفًا بدل ما أخذ السيد من الخراج الموقوف[2].

وهكذا كلما حصل خراج بعد السنة أخذ السيد نظيره؛ أي: مقداره من الموقوف، ووقف الحاصل، وهذا كله؛ ليبقى للعبد خراج سنته[3] محفوظًا؛ لاحتمال أن يكون السيد في السنة التي اتصلت بموته صحيحًا بحيث يخرج من رأس المال، ويكون له خراج تلك السنة، ولو سلط السيد عليه مع عدمه؛ لم يجد العبد ما يرجع به على سيده لعدمه.

وأمَّا إنْ كان السيد في السنة مريضًا؛ فالحكم في ملائه[4] وعدمه واحدٌ، فـ(مَا) من قول المصنف: (ما خَدَمَ نَظِيرُهُ) موصولة، أو نكرة موصوفة؛ أي: الخراج الذي خدم، أو خراج خدم، وهي[5] مفعول لم يسمَّ فاعله فـ(يُعْطَى) ونظيره مفعول (خَدَمَ)، وفاعل (خَدَمَ) ضمير العبد؛ أي: يعطى السيد من الموقوف خراج خدم العبد بعد السنة نظير ذلك الخراج.

فالضمير المضاف إليه (نَظِيرُ) عائد على (ما)، وهي واقعة على الخراج كما ذكرنا، أو على القدر المعطى وهما بمعنًى، ولا يخلو لفظه من تعقيد، والمسألة على نحو ما ذكر المصنف منصوصة لابن حبيب.

قال في كتاب العتق من "النوادر": قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون: وإن قال: حر قبل موتي بشهر، أو يوم، أو سنة، فإن كان السيد مليئًا أسلم إليه بخدمته، فإذا مات؛ نظر، فإن كان الأجل والسيد / صحيح؛ كان من[6] رأس ماله، ورجع بكراء خدمته [ز:735/أ]

(1) في (ع2) و(ز): (الخارج).

(2) كلمة (الموقوف) ساقط من (ع2).

(3) في (ب) و(ز): (سنة) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) كلمتا (في ملائه) يقابلهما في (ز): (لملائه).

(5) في (ز): (وهو).

(6) في (ز): (في).

بعد الأجل في رأس مال السيد، وإن حلَّ وهو مريض؛ فهو من ثلثه ولا رجوع له[1] بخدمة.

وإن كان السيد غير مليء؛ خورج العبد، وأوقف خراجه، فإذا مضت سنة ومضى من السنة الثانية شهر؛ أعطى السيد خراج شهر من السنة الأولى، وكذلك كلما مضى من الثانية شهر؛ أخذ مثله من الأولى، وهذا فيما قَرُب من الأجل أو بَعُد، وقاله أصبغ عن ابن القاسم، وبه قال ابن حبيب.

قال أصبغ: أحب إليَّ أن يكون من رأس المال.اهـ[2].

وقد اضطرب رأي ابن القاسم في المسألة، وله في "العتبية" مثل ما ذكر المصنف، إلَّا أنه فرضها في قوله: قبل موتي بشهر.

وفي "النوادر" قال سحنون: اختلف إن أعتقه قبل موته بشهر، فقيل: يوقف خراج شهر، فكلما زاد عليه يوم؛ أطلق السيد مثله من الموقوف، فإن وافق الشهر مرض موته؛ فمن الثلث، وإن وافق صحته؛ فمن رأس المال، وذكر عيسى عن ابن القاسم في "العتبية" مثله، وفرق بين ملاء السيد وعدمه كما تقدَّم، وقال: وإن حلَّ الأجل وهو مريض؛ لَحِقَه الدين، ولا كراء له في خدمته.

ونقل في "النوادر" في المسألة أقوالًا، ومنها: روى أبو بكر ابن اللباد عن البرقي أن أشهب قال: إن قال: أنت حر قبل موتي بسنة: لا شيء عليه، وقال مرة: هو مدبَّر يعتق من الثلث[3].

وقول المصنف: (مِنْ رَأْسِ المَالِ) يطلبه (اتُّبِعَ) و(عَتَقَ)، فيعمل فيه (عَتَقَ)، ويعمل (اتُّبِعَ) في ضميره، والتقدير: اتبع بالخدمة منه؛ أي: من رأس المال[4] كما رأيته في نقل ابن حبيب، وكذا نقله ابن شاس وغيره[5].

وظاهر كلام المصنف في مسألة عُدم السيد أن كل ما خدم العبد فيما زاد على

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (ز).

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12 /280.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 279/12 و280.

(4) عبارة (يطلبه أتبع وعتق فيعمل... رأس المال) ساقطة من (ز).

(5) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1200/3.

السنة ولو يومًا؛ أعطى مقابله للسيد من الموقوف.

وفي نقل ابن حبيب[1]: إنما يعطى بعد شهر بعد السنة خراج شهر منها، وكذا نقله ابن شاس[2]، وابن الحاجب[3].

وما ذكر المصنف موافق لما نقل سحنون عن ابن القاسم في قوله: قبل[4] موتي بشهر، والذي ذكر هو الظاهر؛ إذ لا معنى للإيقاف شهرًا بعد السنة.

وبَطَلَ التَّدْبِيرُ بِقَتْلِ سَيِّدِهِ عَمْدًا، وبِاسْتِغْراقِ الدَّيْنِ لَهُ ولِلتَّرِكَةِ، وبَعْضُهُ بِمُجاوَزَةِ الثُّلُثِ

يعني: أنَّ المدبَّر إذا قتل سيده عمدًا؛ فإِنَّ تدبيره يبطل، ويرجع رقيقًا؛ لأنه يُتهم على قصد تعجيل العتق، فيُعاقب بنقيض مقصوده، كحرمان القاتل عمدًا -الإرث من المال- والدية لذلك أيضًا، وكذلك يبطل تدبير العبد -أيضًا- إذا مات سيده وكان عليه دين يستغرق المدبَّر وجميع التركة.

فقوله: (**وبِاسْتِغْراقِ الدَّيْنِ**) أي: الذي على سيده (**لَهُ**) أي: للمدبَّر، (**ولِلتَّرِكَةِ**) أي: لجميع تركة السيد من مدبَّر وغيره، وهو من عطف العام على الخاص؛ إذ المدبَّر من التركة.

ويحتمل أن يريد -وهو أظهر-: وللتركة سوى المدبَّر، وإذا بطل التدبير للقتل أو لاستغراق الدين التركة؛ بِيع المدبَّر.

وقوله: (**وبَعْضُهُ بِمُجاوَزَةِ الثُّلُثِ**) (**بَعْضُهُ**) مرفوع عطف على (**التَّدْبِيرُ**)؛ أي: ويرتفع -أيضًا- بعض التدبير؛ بمجاوزة[5] قيمة المدبَّر ثلث تركة السيد، فيعتق من المدبَّر ما حمل الثلث ويبطل التدبير فيه فيما زاد على الثلث فيرق الزائد؛ لأن المدبَّر إنما يخرج من الثلث.

---

(1) عبارة (وكذا نقله ابن شاس وغيره... نقل ابن حبيب) ساقطة من (ز).

(2) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1200/3.

(3) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 792/2.

(4) كلمة (قبل) ساقطة من (ب).

(5) في (ز): (لِمُجَاوَزَةِ).

وما ذكره من أنَّ التدبير يبطل بقتل المدبر سيده عمدًا، قال ابن عبد السلام: لا أعلم فيه خلافًا في المذهب[1]، ونقل ما نقله اللخمي عن "الموازية".

ونص اللخمي: وقال ابن القاسم في كتاب محمد في مدبر قتل سيده عمدًا: لا يعتق في ثلث ولا دية، ويباع، ولا يتبع بشيء، وإن قتله خطأً؛ عتق في المال دون الدية.

قال: وإن حمله الثلث؛ اتبع بالدية، وإن خرج بعضه؛ فعليه من الدية بقدر ما عتق منه يتبع[2] به.اهـ[3].

وفي الموازية[4] بطلان التدبير، فإنه أراد استعجال العتق؛ فيمنعه[5]، كما أن القاتل أراد أن يستعجل الميراث؛ فحرمه.

قال: والعبد لا يتبع بما[6] جنى على السيد[7]، ولا يتبع سيده بما[8] جنى عليه.

وقال ابن عبد السلام: الأصل أن عقود الحرية لا يردها شيء، وما وقع في السنَّة من منع القاتل الميراث، وما وقع في المذهب من منع الموصَى له الوصية بسبب قتله للموصي إنما ذلك منع مال، وهذا إبطال حق الله تعالى في الحرية ولا جامع بينهما.اهـ[9].

قلتُ: وقد / يقال: إن المدبَّر لما كان يعتق في ثلث الميت؛ فهو كالوصية في المال[10]، فأشبه المدبَّر الوارث والموصَى له بمال، فينبغي أن يُحْرَم المال الذي يعتق به؛ لاستعجاله إياه بالقتل، كما حرماهما، والله أعلم. [ز:735ب]

---

(1) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 165/17.

(2) في (ز): (فيتبع).

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3955.

(4) في (ز): (النوادر) وما أثبتناه موافق لما في شرح ابن عبد السلام.

(5) في (ز): (فمنعه).

(6) في (ز): (لما).

(7) في (ز): (سيده).

(8) في (ز): (لما).

(9) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 165/17 و166.

(10) كلمتا (في المال) يقابلهما في (ز): (بالمال).

وما ذكر من أنه[1] يبطل باستغراق الدين له وبعضه بمجاوزة الثلث، قال في ذلك كله في "المدونة": ويعتق المدبَّر في الثلث أو ما حمل منه، فإن لم يَدَع غيره؛ عتق ثلثه، وإن كان على السيد ديْن لا يغترقه[2]؛ بِيعَ منه للدين، ثم عتق منه ثلث بقيته[3].

وهذا كله داخلٌ في قول المصنف: (**ويرتفع بَعْضُهُ بِمُجَاوَزَةِ الثُّلُثِ**)، ثم قال في "المدونة": وإن اغترقه[4] الدين[5]، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (**وبِاسْتِغْرَاقِ الدَّيْنِ لَهُ وَلِلتَّرِكَةِ**).

ولو اقتصر على قوله: (**لَهُ**) ولم يزد (**وَلِلتَّرِكَةِ**) كما هو نص المدونة؛ لكان أخصر، وإنما اتبع عبارة ابن شاس وابن الحاجب.

ولا أدري لما زاد (**وَلِلتَّرِكَةِ**)[6] مع أنه معلوم أنه لا يستغرق المدبَّر؛ إلا إذا استغرق سائر التركة، إلَّا أن يكونوا قصدوا التنبيه بلفظ التركة -والله أعلم- على أن الدين يرده بعد موت سيده سواء سبق التدبير أو تأخر عنه، وفهم هذا من إطلاقهم في الدين.

وهذا بخلاف حال حياة سيده، فإن التدبير لا يرد معها إلا لدين سابق على التدبير، وهذا فقه صحيح لكنه بعيد من لفظهم.

وقد حكى السطي في شرحه للحوفي أن الفقيه أبا العباس الإبياني حين قَدِمَ الديار المصرية حضر مجلس أبي إسحاق بن شعبان، فوجده قد سأل أصحابه: أيرد المدبر الدين أم لا؟

فقال بعضهم: نعم، وقال بعضهم[7]: لا، فخطَّأ الشيخ كلا[8] الطائفتين، فقال له

---

(1) كلمة (أنه) ساقطة من (ز).

(2) في (ز): (يغترق).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 264/2.

(4) في (ز): (استغرقه).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 264/2.

(6) عبارة (ولو اقتصر على قوله:... وَلِلتَّرِكَةِ) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(7) كلمة (بعضهم) ساقطة من (ز).

(8) في (ز): (كلام).

أبو العباس -ولم يكن يعرفه-: أما في حال[1] حياة سيده فيرده الدين السابق على التدبير لا المتأخر عنه، وأما بعد موت سيده؛ فيرده الدين مطلقًا.

فقال له ابن شعبان: أنت أبو العباس -وقد كان سمع بقدومه- فقال له: نعم، فلامه على عدم تعريفه بنفسه، وأكرمه، ووصل السطي هذه الحكاية بحكاية قدوم الشافعي من العراق وحضوره مجلس مالك.

وإنما ردَّه الديْن في الموت مطلقًا؛ لخراب الذمة، والدَّيْن مُقَدَّم على التبرعات، وفي الحياة الذمة باقية، فإذا سبق الدَّيْن؛ كان العبد متعينًا لقضائه، فلا يصح تدبيره، وإن سبق التدبير؛ جاز المدبَّر تدبيره، فلا يرد لما طرأ.

وقوله: (**بِمُجَاوَزَةِ الثُّلُثِ**) الباء للتعليل، وهو مذهب جمهور العلماء منهم علي وابن عمر رضي الله عنهما أن المدبر في الثلث، وقال آخرون: هو من رأس المال.

وخرَّج الدارقطني وغيره من حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «**الْمُدَبَّرُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ**»، وضعف سنده[2].

تنبيه: أسباب رفع التدبير خمسة:

* قتل سيده عمدًا.
* واستغراق الدين له.
* وعتق الشريك لنصيبه[3]، فإنه مقتضٍ لفسخ التدبير على الأصح
* ومجاوزة الثلث، وهذا يرفع كمال الحرية لا أصلها.

---

(1) كلمة (حال) ساقطة من (ز).

(2) قوله: (وهو مذهب جمهور العلماء... وضعف سنده) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): **166/17**.

والحديث ضعيف، والصحيح موقوف، رواه الدارقطني في كتاب المكاتب، من سننه: **244/5**، برقم (**4264**)، وقال: لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله.

والبيهقي في باب من قال لا يباع المدبر، من كتاب المدبر، في سننه الكبرى: **529/10**، برقم (**21572**) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(3) كلمة (لنصيبه) يقابلها في (ع2): (له نصيبه).

* وبيع المدبَّرة وهي حامل من المبتاع[1]، أو وطء أحد الشريكين لها؛ لأنها انتقلت إلى الأعلى.

وَلَهُ حُكْمُ الرِّقِّ، وإِنْ ماتَ سَيِّدُهُ حَتَّى يُعْتَقَ فِيما وُجِدَ حِينَئِذٍ

يعني أن المدبَّر له حكم الأرقاء في حال حياة سيده، وبعد موته حتى يعتق في الثلث، والمعتبر إنما هو ثلث المال الموجود يوم ينظر في خروجه من الثلث لا ثلثه يوم مات السيد.

فلو مات السيد عن مالٍ كثير يخرج المدبَّر في ثلثه، ثم تلف بعضه، وبقي ما لا يخرج المدبَّر من ثلثه؛ فلا يعتق المدبَّر في جميع ما ترك الميت، وإنما يعتق فيما[2] بقي من المال؛ لأنه رقيق حتى يخرج من الثلث.

وإلى هذا أشار بقوله: (فِيما وُجِدَ حِينَئِذٍ) أي: حين العتق لا حين موت سيده، ولهذا[3] أتى بالإغياء في قوله: (وإِنْ ماتَ سَيِّدُهُ) رفعًا لما يتوهم من أن حريته لمَّا كانت متعلقة بموت سيده[4] استحق أن يعتق في ثلث جميع المال يوم موته، فرفع هذا التوهم بالإغياء.

وإذا كان رقيقًا بعد موت سيده وقبل النظر في التركة، فقبل موته أحرى.

قال في "المدونة": وما هلك من التركة قبل تقويم المدبَّر؛ لم يحسب، وكأنه لم يكن، ولو لم / يبقَ إلَّا[5] المدبر؛ لم يعتق إلا ثلثه. [ز:736/أ]

وللمدبَّر حكم الأرقاء في حرمته وحدوده، وإن مات السيد حتى يعتق في الثلث، وإنما ينظر إلى قيمته يوم النظر فيه لا يوم الموت.اهـ[6].

وظاهرها كان المال مأمونًا أم لا.

---

(1) في (ز): (التدبير).

(2) في (ع2): (ما).

(3) كلمة (ولهذا) يقابلها في (ع2): (وإلى هذا).

(4) عبارة (وإلى هذا أتى بالإغياء... بموت سيده) ساقطة من (ز).

(5) كلمة (إلا) ساقطة من (ب) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 264 و265.

قال بعضهم: وهو على أحد القولين في المال المأمون أنه لا يعجل فيه ما يخرج من الثلث.

وعلى القول الآخر: إنْ كان ما تركه السيد مالًا مأمونًا، كالعقار، فإن المدبَّر يكون حرًّا بنفس موت السيد قبل أن ينظر في أمره، وقبل التقويم، وإنْ هلك المال بعد ذلك، وقاله اللخمي أيضًا.

وقوله في "المدونة": (وما هلك) يعني في حال الإيقاف، وأمَّا ما هلك بتصرف الورثة، وقد كان الثلث يحمل[1] المدبر؛ فإن مصيبة الهالك منهم ويعتق جميعه، قاله اللخمي.

وقال أيضًا: إن لم يحمله الثلث يوم الموت ولم ينظر فيه حتى نمى بغلات أو غيرها[2] وحمله؛ عتق جميعه، وإن حمله ولم ينظر فيه حتى زادت قيمته فصار لا يحمله؛ عتق منه ما حمل الثلث، وإن لم يحمله ثم نقصت قيمته قبل النظر، فصار يحمله؛ عتق جميعه[3] فينتفع بالزيادة، ويتضرر بالنقصان.

وقال مالك: إن ولدت المدبَّرة بعد موت سيدها وقبل النظر؛ قُوِّمت مع ولدها، ولم يعتقا إلا إن[4] حملهما الثلث، فلو كان معها ولد يوم موته ولم يحملهما الثلث، فقبل النظر ماتت هي أو هو؛ عتق باقيهما إن حملهما الثلث[5].

و: «أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي ومَوْتِ فُلانٍ» عَتَقَ مِنَ الثُّلُثِ أَيْضًا، ولا رُجُوعَ لَهُ

يعني: إذا قال لعبده: أنت حر بعد موتي وموت فلان؛ فإن حكمَه حكم المدبَّر يعتق في الثلث، ولا رجوع له فيه، وحاصل هذه الصيغة تدبير؛ لأَنَّ عتقه معلَّق على موت سيده، إلا أنه شرط موت آخر بعد موته إن سبق هو.

---

(1) كلمة (يحمل) ساقطة من (ز).

(2) كلمتا (أو غيرها) يقابلهما في (ب) و(ع2): (وغير).

(3) في (ب) و(ع2): (جميع)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(4) كلمة (إن) ساقطة من (ز).

(5) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3921/7 و3922.

وحاصل هذا أنه عتق معلَّق على موت الآخر[1] منهما موتًا، لكن لمَّا كان موت السيد شرطًا؛ كان تدبيرًا لا عتقًا إلى أجلٍ، ولو قال المصنف: (وموت فلان فمدبر)؛ لكان أخصر، وإنما قال[2]: (عَتَقَ مِنَ الثُّلُثِ)؛ ليأتي بلفظ "المدونة".

وأما قوله: (ولا رُجُوعَ) فهو تفسير ابن يونس لها، وكأن المصنف أتى بلفظ "المدونة" لينظر فيه أيفيد التدبير أم لا، لكن لما قلَّد ابن يونس في تفسيره كان حقه أن يقول: فمدبَّر، وحذف (حُر) الذي هو خبر (أَنْتَ)؛ للعلم به، كذا رأيته في النسخ محذوفًا.

ولو حذف المبتدأ وأبقى الخبرَ؛ لكان أَوْلَى[3]؛ لأَنَّ المبتدأ هنا متعين بعد[4] الحذف، والخبر لا يتعين هنا؛ لاحتمال كونه مدبَّرًا ونحوه.

ونصها من "المدونة": وإن قال له: أنت[5] حر بعد موتي وموت فلان؛ فهو من الثلث، وكأنه قال: إن مات فلان فأنت حر بعد موتي[6]، وإن مت أنا، فأنت حر بعد موته، وقاله أشهب.اهـ[7].

قال ابن يونس: يريد: ولا رجوع له فيه بخلافِ الأجنبي في ذلك، وهي كمسألة الرقبى.

قلتُ: يعني التي في كتاب العارية.

قال: وهي[8] عبد بين رجلين، فيحبسانه على أنَّ من مات منهما أولًا؛ فنصيبه يخدم الباقي، فإذا مات؛ فهو حر، فلم يجزها مالك؛ إلا أنه ألزمهما العتق، ومن مات

---

(1) كلمتا (موت الآخر) يقابلهما في (ز): (موت سيده، إلا أنه شرط موت آخر بعد موته إن سبق هو. وحاصل هذا أنه عتق معلَّق على موت الآخر) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) في (ب) و(ع2): (كان) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) كلمة (أَوْلَى) ساقطة من (ز).

(4) ما يقابل كلمة (بعد) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(5) كلمة (أنت) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(6) عبارة (حر بعد موتي) يقابلها في (ز): (بعد موتي حر) بتقديم وتأخير.

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 264.

(8) في (ز): (وهو).

منهما؛ فنصيبه يخدم ورثته دون صاحبه، فكذا يلزم العتق هنا، ولا رجوع له فيه.

وقال بعض أصحابنا: له الرجوع فيه، كما لو أعتقه بعد موته بشهر.

قال غيره: ولا تشبه مسألة الرقبى؛ لأنها معاوضة والتزام فبطلت المعاوضة لفسادها، وألزمهما العتق الذي أوجباه على أنفسهما.

قال ابن يونس: وإذا بطلت المعاوضة؛ وجب ألا توجب حكمًا، وإنما ألزمهما العتق؛ لدخول الأجنبي في ذلك، فهو كعتقٍ إلى أجل.

وقد قال: رأيتُ بعد ذلك لابن القُصَّار نحو ما قلت، وهو الصواب.اهـ[1].

وإِنْ قَالَ: «بَعْدَ مَوْتِ فُلانٍ بِشَهْرٍ» فَمُعْتَقٌ لأَجَلٍ مِنْ رَأْسِ المَالِ

هذه المسألة بَيِّنة، وهي من مسائل العتق إلى أجل لا من مسائل المدبَّر، فحقه ألا يذكرها في هذا الباب؛ لقوله[2] في حدِّ التدبير: / (بموته)؛ أي: بموت المعلق، وهنا إنما علَّقه بموت غيره، فليس بتدبير. [ز:736ب]

وحاصلها أنه أجَّل عتق عبده بموت فلان وشهر بعده، والمعتق إلى أجل حكمه أن يعتق من رأس المال لا من الثلث لكن إن عقده في الصحة، وكان حق المصنف أن ينبه عليه، وأما إن عقده في المرض؛ فمن الثلث.

ونص المسألة من "المدونة"[3]: ومن قال في صحته لعبده: أنت حر بعد موت فلان، أو قال: بعد موته بشهر؛ فهو من رأس المال معتق إلى أجل، ولا يلحقه دين، وإن مات السيد قبل فلان؛ خدم العبد ورثة السيد إلى موت فلان، أو إلى بعد موته بشهر وخرج حرًّا من رأس المال، ولو قال ذلك في مرضه؛ عتق العبد في الثلث إلى أجله، وخدم الورثة حتى يتم الأجل، ثم هو حر، وإن لم يحمله الثلث؛ خير الورثة في إنفاذ الوصية، أو يعتقوا من العبد محمل الثلث بتلًا.اهـ[4].

---

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 8 و9.

(2) في (ز): (كقوله).

(3) في (ز): (النوادر) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 272.

باب [في الكتابة]

قوله: (بابٌ) هذا باب الكتابة وأَوْلاه باب التدبير؛ لأنها عتق لازم مثله، ولكونها[1] بمعاوضة أخَّرها عنه.

فإن قلتَ: كان حقُّه أن يقدم الكلام في أمهات الأولاد عليها؛ لأنَّ شائبة العتق فيهن أقوى؛ لأنها من رأس المال، ولا يردها الدين، ولا تُرَق بحال، والمكاتب قد يعجز فيرق؛ بل كان على مقتضى هذا أن يُقَدَّمن على المدبر.

قلتُ: إنما أخَّرهن؛ لأنَّ العتق فيهن جبري، وفيما سواهن اكتسابي، ولذا[2] اشترك العتق والتدبير والكتابة، فإنَّ كلًّا منهما مندوب إليه، ولم يثبت الندب في اتخاذ أم الولد، فلمَّا اشتركت الأبواب الثلاثة في القربة وَصَلَ بعضها ببعض، وقدَّم الأقوى فالأقوى[3].

والكتابة مصدر كاتب عبده يكاتبه، والقياس كتابًا ومكاتبة، ويقال: كتبًا، وقال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ﴾ [النور: 33]، وهي مشتقة من الأجل المضروب لنجومها[4].

والكتاب: الأجل، قال تعالى: ﴿إِلَّا وَلَهَا كِتَابٞ مَّعۡلُومٞ﴾ [الحجر: 4]؛ أي: أجل مقدَّر، أو من الإيجاب واللُّزوم؛ لإلزام[5] العبد والتزامه ما جعل عليه من المال، ومنه: ﴿كَتَبَ رَبُّكُمۡ عَلَىٰ نَفۡسِهِ ٱلرَّحۡمَةَ﴾ [النساء: 54]؛ أي: أوْجبها، وقيل: من الكَتْب الذي يكتبونه بينهم حين عقْدِها.

قال عياض: وحقيقتها العتق على أداء مال منجم[6].

قلتُ: ولو زاد بعد قوله: (مال) (من العبد)؛ ليخرج عتقه على أداء مال منجم من

---

(1) في (ز): (وبكونها).

(2) في (ز): (وكذا).

(3) في (ع2): (بالأقوى).

(4) في (ز): (لنجومهما).

(5) ما يقابل عبارة (واللزوم لإلزام) غير قطعي القراءة في (ز).

(6) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1259/3.

أجنبي، ويزيد بعد قوله: (منجم) (أو حالّ)؛ لكان أولى.

وتلخيص حد الكتابة من كلام القاضي بالزيادة التي ذكرنا: العتق على أداء مال من العبد منجم أو حال.

وقال الشيخ ابن عرفة رَحِمَهُ اللَّهُ: الكتابة العتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه، فيخرج ما على مال معجل، وعتق العبد على مال من أجنبي.

وقال ابن عبد السلام: لمَّا كانت حقيقتها العرفية معلومة، وهي: إعتاق العبد على مال منجم لم يتعرَّض المؤلف إلى رسمها[1].

قلتُ: وهذا الرسم الذي زعم أنه معروف يدخل فيه عتقه على مال مؤجل على أجنبي، وليس بكتابة ولا حكمه حكمها، انتهى كلام الشيخ ابن عرفة رحمه الله وغفر له[2].

قلتُ: والتحقيق أن الكتابة ليست العتق، ولا تستلزمه لتحقُّقِها بدونه؛ لأنَّ المكاتب لا يطلق حقيقة إلا على من قام به وصف الكتابة، وذلك إنما يكون قبل عتقه لا بَعْده، ويدل عليه «**الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ**»[3]، والمكاتب أحرز نفسه وماله، وإن عجز المكاتب رُقَّ، وإنما العتق قد يتسبَّب عن الكتابة، ويكون من ثمراتها فلا ينبغي حدُّها به؛ لأنَّ ذلك حد الشيء بما ليس هو، ولا يستلزمه، وهذا الاعتراض لازم لكل مَنْ حدَّها بالعتق.

وتقدم ما يرد على حد القاضي بسبب[4] تركه الزيادات المذكورة.

ويرد على حد ابن عرفة -أيضًا- أنه غير جامع؛ لخروج الكتابة بمال حالٍّ، وخروج المكاتب الذي عجل السيد عتقه بعد الكتابة، وقبل أداء المال بترك السيد جميعه، وكذا من حطَّ عنه / السيد جزءًا من الكتابة كما ندب إليه؛ لقوله: (موقوف) - [ز:737/أ]

(1) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 179/17.

(2) انظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة: 370/10 و371.

(3) رواه عبد الرزاق في باب عجز المكاتب وغير ذلك، من كتاب المكاتب، في مصنفه: 408/8، برقم (15728) عن أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(4) في (ز): (وسبب).

أي: العتق- على أدائه، فظاهِره أن العتق الذي هو الكتابة، هو الذي يتوقف على دفع جميع المال؛ لأنَّ (أداء) اسم جنس أضيف، فيعم خروج[1] المكاتب الذي أدَّى عنه أجنبي جميع الكتابة أو ما بقي عليه منها، فإنَّ ظاهر لفظه أن الأداء إنما يكون من العبد خاصة، وإخراجه العتق على مال معجَّل من الكتابة خلاف المشهور، ويخرج من حده -أيضًا-: (أنت حر على ألف مؤجله) فتأمله.

والأَوْلى في رسمها: التزام العبد إعطاء مال لسيده حالّ أو مؤجل ليعتق بعد أدائه، أو قبله، ورضي السيد بذلك.

وفائدة قيود هذا الرسم لا تخفى من الاعتراضات المتقدمة؛ ليدخل في الرسم القول بصحة كونها حالة، أو بقول: العتق على أداء مال؛ ليشمل الحال والمؤجَّل، ونحو: (أنت حر على ألف) أو (إن أديت إليَّ ألفًا فأنت حر) وبيع العبد من نفسه؛ لكان أولى.

وهي مندوب إليها عند مالك والشافعي وأبي حنيفة وجمهور العلماء، وكانت في الجاهلية فأقرَّها الإسلام، وواجبة عند أهل الظاهر، وجماعة غيرهم.

وأشار[2] إسحاق إلى وجوبها ولا يحكم بها، وسأل سيرين سيده أنس بن مالك الكتابة فأبى أنس فضربه عمر بالدرة وتلا: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ...﴾[3]، فهذا يدل على الوجوب، وهو ظاهر الأمر.

وقيل: إنما رفع عليه عمر الدرة؛ لأنَّه أبى أن يؤتيَه شيئًا من كتابته.

وذهب بعضهم إلى أنها مباحة، وتأوَّله على قول مالك في "الموطأ": كان بعض العلماء إذا سئل عن آية الكتابة تلا: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُواْ﴾ [المائدة: 3]، و﴿فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: 10] فتوهم أنها عنده مباحة؛ لتشبيه الأمر بها

---

(1) في (ز) و(ع2): (لخروج) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) في (ع2): (أشار).

(3) روى عبد الرزاق في باب وجوب الكتاب والمكاتب يسأل الناس، من كتاب المكاتب، في مصنفه: 371/8، برقم (15577) عن قتادة قَالَ: سَأَلَ سِيرِينُ أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ الْكِتَابَةَ، فَأَبَى أَنَسٌ فَرَفَعَ عَلَيْهِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ الدِّرَّةَ، وَتَلَا: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: 33] "، فَكَاتَبَهُ أَنَسٌ.

بأوامر الإباحة، وليس كذلك، وإنما مرادهم أن صيغة أفعل قد لا يراد بها الوجوب[1].

واختلف في المراد بقوله تعالى: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: 33]، فقيل: المال، وقيل: القدرة على الكسب، وقيل: الصلاح والأمانة[2]، وقيل غير ذلك.

وقسمها اللخمي إلى مندوبة، ومباحة من وجه، ومندوب [إليها][3] من وجه، ومكروهة وممنوعة[4]، فانظرها فيه[5].

[فصل في أركان الكتابة]

نُدِبَ مُكَاتَبَةُ أَهْلِ تَبَرُّعٍ[6]، وحَطُّ جُزْءٍ آخِرًا

هذا كلام في الركن الأول من الكتابة، ولها أركان أربعة:

الأول: المكاتِب بكسر التاء وهو السيد.

قال ابن شاس: وشرطه أن يكون مكلفًا أهلًا للتصرف[7]، ونحوه قال ابن الحاجب[8].

واشتراط أهلية التصرف تغني[9] عن اشتراط التكليف؛ إذ لا يكون أهل التصرف إلا من المكلفين، وغير المكلف ليس له أهلية التصرف، وهذا الشرط يشمل المكاتب لعبده والمكاتب لعبد غيره كالوكيل على الكتابة، وولي المحجور من أب أو وصي أو مقدم[10] قاض، ولذا زاد ابن شاس: ولا يشترط أن يكون أهلًا للتبرع،

---

(1) من قوله: (وهي مندوب إليها) إلى قوله: (لا يراد بها الوجوب) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 180/17 و181.

(2) عبارة (وقيل: الصلاح والأمانة) ساقطة من (ز).

(3) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق.

(4) كلمة (وممنوعة) يقابلها في (ب): (وهي ممنوعة) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3960/7.

(6) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (التبرع).

(7) عقد الجواهر، لابن شاس: 1205/3.

(8) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 795/2.

(9) في (ز): (يغني).

(10) في (ز): (قدم).

فتجوز مكاتبة القَيِّم لعبد الطفل.اهـ[1].

ولمَّا قصد المصنف ذكر الكتابة المندوب إليها اقتصر في شرط السيد الذي هو من أركانها على ذكر أهلية التبرع، فقال: (نُدِبَ مُكاتَبَةُ أَهْلِ تبَرُّعٍ)، فـ (أَهْلِ) صفة لموصوف محذوف حذف، وأقيمت صفته مقامه، والتقدير: إما مكلف أو متصرف أو نحوه، وخرج بقوله: (أَهْلِ) تبرع المحجور عليه، فإنَّه ليس أهلًا للتبرع، فكتابته[2] لعبده غير مندوبة؛ بل غير جائزة، وهذا حكم معلوم[3] لا ارتياب فيه.

فإن قلتَ: وهلَّا قال: (صح مكاتبة أهل تصرف، وندبت من أهل تبرع)؛ لئلا يفوته النوع[4] الآخر.

قلتُ: المقصود هنا الكتابة المندوب إليها التي هي من باب العتق الذي هو قربة[5]، وفِعْل ولي المحجور من باب المعاوضة المحضة، وباب الوصية أولى بذكره[6] من هذا الباب مع أنه نصَّ عليه هنا، فقال: (ومُكَاتَبَةُ وَلِيٍّ ما لِمَحْجُورِهِ)[7] أي: وجاز[8] مكاتبة.

وقوله:(وحَطُّ جُزْءٍ آخِرًا) (حَطُّ) مرفوع بالعطف على (مُكاتَبَةُ)؛ أي: ونُدِبَ[9] للسيد أن يحط[10] عن عبده المكاتب من النجوم[11] التي كاتبه[12] بها نجمًا، وهو المراد بقوله:(جُزْءٍ)، ويكون ذلك النجم هو آخر النجوم.

---

(1) عقد الجواهر، لابن شاس: 1205/3.

(2) في (ب): (فكتابة).

(3) كلمتا (حكم معلوم) يقابلهما في (ع2): (حكم ممنوع معلوم) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) كلمة (النوع) زيادة انفردت بها (ز).

(5) في (ع2) و(ب): (قرب) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(6) كلمتا (أولى بذكره) يقابلهما في (ب) و(ع2): (أو يذكره) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(7) كلمتا (ما لمحجوره) يقابلهما في (ع2): (المحجورة) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(8) في (ز): (وجائز).

(9) في (ع2): (ندب).

(10) في (ع2): (يحطه).

(11) في (ب): (نجوم).

(12) في (ب): (كاتب).

وإنما ندب ذلك؛ لقوله تعالى في المكاتبين: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: 33] على أن الخطاب للسادات، / والأمر إن لم يكن للوجوب فأقل درجاته النَّدب. [ز:737ب]

وإنما كان ذلك النجم هو الآخر؛ ليكون لحطه عنه فائدة؛ لأنَّ بحطه يخرج حرًّا، ولو وضعه عنه أولًا أو وسطًا لم تتحقَّق فائدته ولا بد؛ إذ قد يعجز فيرجع رقيقًا، ويكون للسيد ما أخذ منه، ويكون في حق السيد بالنسبة إلى النجم المحطوط شِبْه[1] الرجوع في الصدقة.

[حكم المكاتبة]

وما ذكر من أنَّ الكتابة وحَطّ الجزء منها آخرًا مندوبان هو نص "المدونة": قال في "التهذيب": قال الله سبحانه: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: 33] فكان ذلك ندبًا نَدَبَ الله تعالى إليه، وكذلك قوله: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: 33]، وهو فضل حضَّ[2] الله عليه.

قال مالك: هو أن يوضع عن المكاتب من آخر كتابته، وقد وضع ابنُ عمرَ خمسةَ آلافٍ من خمسة وثلاثين ألفًا.

وقال عليٌّ: ربع الكتابة.

وقال النخعي: هو شيء حثَّ عليه المولى وغيره.اهـ[3].

وكما[4] قال مالك من ندبية[5] الكتابة قال سائر الفقهاء، وقال عطاء وعمر وابن دينار: هي واجبة، وظاهر الأمر معهما[6].

---

(1) في (ز): (نسبة).

(2) ما يقابل كلمة (حض) غير قطعي القراءة في (ز).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 273/2 و274.

(4) في (ع2): (وربما)، وفي (ب): (وبما).

(5) في (ب): (ندبيته).

(6) قوله: (وبما قال مالك من ندبية...الأمر معهما) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 180/17.

واستدلَّ لمالك في حملِه الأمر بها على الندب؛ بأن الكتابة لا تخلو أن تكون بيعًا للعبد من نفسه بالمال الذي جعل عليه، أو عتقًا لإفضائها إليه، وكل[1] من الأمرين[2] لا يجبر السيد عليه، فالكتابة التي لا تخرج عن أن تكون واحدًا منهما كذلك.

قلتُ: وهو إن تأملته استدلال بمحلِّ النزاع، فإن قوله: (لا يجبر السيد على[3] بيع عبده) إن أراد من غير العبد فمُسَلَّم، وإن أراد من العبد نفسه فهو محل النزاع، وكذا قوله: (لا يجبر على عتقه) إن أراد من غير عوض أو من عوض يأخذه من غير العبد فمُسَلَّمٌ، وإن أراد ولو بعوض يأخذه من العبد فمحل النزاع أيضًا؛ بل يقال بعد التمسك بظاهر الآية: إن الكتابة بمثابة فداء الأسير، فيجب[4] على المكاتب استخلاص نفسه، وعلى السيد قبول ذلك.

واستدل ابن الجهم على أنَّ الوضيعة من آخر الكتابة مندوبة وغير محدودة؛ بأن أكثر أصحابنا يأمرون بذلك من غير قضاء.

ولو كانت واجبة لكانت محدودة، ولا حد لها في كتاب الله، ولا في سنة نبيه عليه الصلاة والسلام.

وقال غيره: صواب العبارة أن يقول: لمَّا كان ذلك غير مقدر في الحال والمآل كان غير واجب؛ لأنَّ صداق المثل في نكاح التفويض وغيره مما يجب فيه صداق المثل، وأرش البيع واجب مع كونه غير مقدر في الحال لكنه مقدر في المآل.

وقال بعضهم: لو وجبت ومقدارها [غير][5] معلوم؛ أدَّى ذلك إلى كون الكتابة مجهولة، ولا يجوز أن تكون مجهولة عند العلماء[6].

---

(1) في (ز): (وكلا).

(2) في (ع2): (الأمر).

(3) في (ع2): (لا).

(4) ما يقابل كلمة (فيجب) غير قطعي القراءة في (ز).

(5) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ المعتمدة في التحقيق، وقد أتينا به من جامع ابن يونس.

(6) من قوله: (واستدل ابن الجهم على) إلى قوله: (مجهولة عند العلماء) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 49/6.

ولَمْ يُجْبَرِ العَبْدُ عَلَيْهَا، وَالْمَأْخُوذُ مِنْهَا الْجَبْرُ

يعني أن السيد ليس له أن يجبر عبده على الكتابة، ولا يكاتبه إلا برضاه، والوجه أن يقال: (لا يجبر) وليس موضع (لَمْ).

وقوله: (**والْمأْخُوذُ مِنْهَا الجَبْرُ**)؛ أي: والذي دلَّتْ عليه "المدونة"، وأخذه الأشياخ منها أن للسيد جبر عبده على الكتابة.

أما ما ذكر من أن العبد لا يجبر على الكتابة، فنقل ابن يونس[1]، ومثله في "النوادر" عن كتاب محمد: وقال أشهب وعبد الملك: لا يكاتب الرجل عبده إلا برضاه، ولا يجوز بغير رضاه، وكذلك روي عن ابن القاسم[2].

واستدلَّ ابن شعبان بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ...﴾ [النور: 33]، فإنها تدل على أن من لم يبتغها وَيُجِبْ إليها لم يلزمها.اهـ[3].

وقال اللخمي: إذا كانت الكتابة على الإباحة والندب لم يجبر السيد عليها، وجبر العبد إن كانت الكتابة بمثل الخراج أو تزيد يسيرًا؛ لأنَّ الغالب أن العبد متى[4] تكلف ذلك إلى أجل قدر عليه ونال العتق، وليس له إجباره، إن كان الزائد كثيرًا؛ لأنَّه قد يتكلف مشقة ذلك، ثم يعجز فيذهب سعيه باطلًا.اهـ[5].

وفي النوادر -ونقله ابن يونس-: إن بعض **البغداديين** روى عن مالك أن للسيد إكراه عبده على الكتابة كما يعتقه عند مالك على أن يتبعه بمال، وكما ينكحه ويعتقه، ويؤاجره مكرهًا وهو لا ضرر عليه في الكتابة، وإنما يؤدي ما فضل عن نفقته.

فإن قيل: يضر بالعبد لزوال النفقة / عن سيده. [ز:738/أ]

قيل: لا ضرر فيه؛ إذ[6] لا تصلح مكاتبة مَنْ لا حرفة له، ولا خير فيه، والخير:

---

(1) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 49/6.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 64/13.

(3) الزاهي، لابن شعبان (بتحقيقنا)، ص: 407.

(4) في (ز): (إن).

(5) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3962/7.

(6) في (ب) و(ع2): (إذا).

المال.

وذكر ابن المواز عن أصبغ كقول مالك: إن للسيد جبر عبده على الكتابة، وإن كره العبد[1]، ولا يكون له الخروج من الكتابة إلا بعجزٍ ظاهرٍ معروف، انتهى نقل ابن يونس[2].

وهو مختصر[3] من "النوادر"، وقال فيها: إنَّ رَأْيَ ابن القاسم أن العبد لا يجبر عليها[4]، وعليه مرَّ المصنف، والحاصل أن في جبر العبد على[5] الكتابة قولين، واختيار اللخمي ثالث.

وأما قوله:(**وَالمَأْخُوذُ مِنْهَا الجَبْرُ**) فصواب العبارة أن يقول: (وأخذ منها الجبر)؛ لأنَّ فيها ما يؤخذ منه الجبر وعدمه، وعبارته لمَّا أتى بالمبتدأ والخبر معرفتين، وذلك من طرق القصر توهم الحصر -أي: لا يؤخذ منها إلا الجبر- وليس كذلك كما ترى.

ومما أخذ منه الجبر من مسائلها قوله في كتاب المكاتب -واللفظ "للتهذيب"-: ومَنْ كاتب عبده على نفسه وعلى عبدٍ للسيد[6] غائب، لزم العبد[7] الغائب وإن كره؛ لأنَّ هذا يؤدِّي عنه، ويتبعه إن لم يكن ذا قرابة له ممن يعتق على الحر بالملك، وتلزم الغائب الكتابة، كقول مالك فيمن أعتق عبده على أن عليه كذا وكذا، فيأبى ذلك العبد؛ أن العتق جائز والمال لازم للعبد، وكذلك العبد يكاتب عن نفسه، وعن أخ له صغير لا يعقل في ملك السيد؛ أنه جائز.اهـ[8].

فلزومها في الأخ الصغير والغائب قول بالجبر.

قال عياض: وقاله أشهب في العبد الغائب.

---

(1) كلمة (العبد) زيادة انفردت بها (ز).

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **50/6**.

(3) في (ع2): (مختر).

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **64/13**.

(5) في (ع2) و(ب): (عن) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(6) في (ز): (لسيد).

(7) كلمة (العبد) ساقطة من (ز).

(8) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **280/2** و**281**.

قال: وقال فضل وغير واحد من الشيوخ المتقدمين والمتأخرين: هذا دليلٌ على إجبار السيد عبده على الكتابة، وهو الذي لابن القاسم في سماع أصبغ.

وفي "مختصر" أبي محمد لابن القاسم خلافه؛ أنه لا يلزمه[1].

قلتُ: وهو الذي نقلنا عنه من "النوادر".

ثم قال عياض: قال فضل: فأمَّا أشهب ففرَّق بين مكاتبة الحاضر مع الغائب، ومكاتبة الحاضر وحده كرهًا[2] بأن الحاضر له أن يعجز نفسه إذا كان وحده، فلا يكاتب إلا برضاه، والآخر ليس له ذلك دون الغائب.

وفي "النوادر": إذا ألزم عبيده[3] الكتابة بكذا، فلم يرضَ أحدهما، فذلك يلزمه عند ابن القاسم، وكذا لو كان أحدهما غائبًا، وقاله أصبغ على الاستحسان والاتباع.

وكذلك[4] عندي في[5] العبد الواحد يُلزِمه سيده الكتابة، وينجمها عليه فيأباها، فإنه يلزمه أحبَّ أو[6] كره، ولا حجة له إلا بعجزٍ ظاهر، انتهى نقل عياض في "التنبيهات"[7].

وقال أبو إسحاق في مكاتبة العبدين أحدهما غائب: هذا يدل أن للسيد إجبار عبده على الكتابة؛ لأنه إن كان له مال أدَّى على النجوم، ولا قدرة له على الامتناع، وإن لم يكن له مال أدَّى عنه صاحبه ويتبعه على ما أحبَّ أو كَرِه؛ كالملزم بالمال بعد عتقه.اهـ[8].

قلتُ: ومن مسائل "المدونة" التي تدل على أنه لا يجبر[9] قوله في العتق الثاني

---

(1) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1286/3.

(2) ما يقابل كلمة (كرها) غير قطعي القراءة في (ز).

(3) في (ز): (عبديه).

(4) في (ع2) و(ب): (وكذا) وما أثبتناه موافق لما في تنبيهات عياض.

(5) كلمة (في) زيادة انفردت بها (ب).

(6) في (ب): (أم).

(7) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1286/3 و1287.

(8) قول أبو إسحاق بنحوه في المنتقى، للباجي: 358/8.

(9) في (ب): (يجوز).

منها: مالك: وإن قال له: (أنت حر على أن تدفع إلي مائة دينار)؛ لم يعتق إلا بأدائها.

قال ابن القاسم: وللعبد ألا يقبل ذلك[1]، ويبقى رقيقًا؛ ذكر السيد أجلًا للمال أم لا. اهـ[2].

وظاهر هذه المسألة أنه لا يعتق حتى يدفع، وقول ابن القاسم: (ذكر السيد أجلًا) هو عين الكتابة مع أنه قال: للعبد أن لا يقبل، ويحتمل أن يكون قول ابن القاسم تتميمًا لقول مالك، ووفاق له.

وهذا الاحتمال الذي ذكرنا صرح اللخمي به، فقال: ولم يختلف المذهب إذا قال: (أنت حر على أن تدفع إلي مائة دينار) أن العبد بالخيار بين القبول والرد، ويكون رقيقًا، وأنه إن قبل لم يعتق حتى يدفع المال. اهـ[3].

ولقائل أن يقول: مسألة جبر الغائب على الكتابة لا دليل فيها على جبرِ كل عبد عليها؛ لأنَّ الحاضر لما رضيَها ورضي شركة الغائب معه فيها -وسُنَّة المكاتبين التضامن بينهم فيما على جميعهم، ولا يعتق واحد منهم إلا بأداء جميع الكتابة- فقد ضَمِنَ الحاضرُ الغائبَ في مال يعتق[4] به، فكأنَّ السيد أعتق الغائب على مال ضَمِنَه عنه أجنبي، ولو كان ذلك لم يكن للعبد كلام، فكذا هذا[5]؛ إلا أن يقال: الفرق أن العبد / الغائب هنا غارم للمال؛ لرجوع الحاضر عليه بما يؤدي عنه، فله ألا يقبل، [ز:738ب] والصورة المفروضة لا يغرم العبد فيها شيئًا، فلا كلام له.

بـ: «كَاتَبْتُكَ» ونَحْوِهِ «بِكَذا» وظاهِرُها اشْتِراطُ التَّنْجِيم، وصُحِّحَ خِلافُهُ

هذا هو الركن الثاني للكتابة، وهي الصيغة التي تنعقد بها، وذكر المصنف أن

(1) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/251.

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/3831.

(4) في (ز): (معتق).

(5) في (ب): (هو).

صيغتها كاتبتك بكذا؛ أي: بمائة أو بمائتين يتراضيان[1] عليه[2] من العدد.

وقوله:(**ونَحْوِهِ**) كأن يقول: إن جئتني بمائة فأنت حر.

قال ابن شاس ما معناه: ولا يشترط في قوله: (كاتبتك بكذا) أن يقول: إذا أديته فأنت حر[3].

قلتُ: لأنَّه يرى أن هذه الصيغة صريحة في الكتابة، فذكرها كاف في المقصود، وإن لم يزد عليها شيء لاشتقاقها من لفظ الكتاب[4] الوارد في معناها في القرآن، ولم أر من متقدمي المالكية من تعرض إلى صيغ مخصوصة تنعقد بها الكتابة، لكن لما قدَّمنا حقيقتها فكل لفظ توجد فيه[5] تلك الحقيقة فهو[6] من صيغها، وقد حدَّ ابن راشد هذه الصيغة، فقال: لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على عتق على أداء مال منجم[7].

فقوله: (منجم) هو معنى ما زاد ابن شاس، وابن الحاجب على(كاتبتك بكذا) من قولهما: (في نجم أو نجمين)[8].

قال ابن عبد السلام: وظاهره أنه لا بدَّ في الكتابة من التنجيم، واختلف العلماء والمذهب في شرطية ذلك في صحة الكتابة، وظاهر "المدونة" أن ذلك لا بدَّ منه عرفًا لا[9] أنه من شرطِ صحة الكتابة[10]. وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (**وَظَاهِرُهَا**)؛ أي: ظاهر "المدونة"[11] اشتراط التنجيم؛ ....

---

(1) ما يقابل كلمة (يتراضيان) غير قطعي القراءة في (ز) و(ب) و(ع2).

(2) في (ب) و(ع2): (عليه).

(3) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1204/3.

(4) في (ز): (الكتابة).

(5) كلمتا (توجد في) يقابلهما في (ز): (يوجد فيه) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(6) في (ب) و(ز): (فهي) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(7) لباب اللباب، لابن راشد، ص: 333.

(8) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1204/3، وجامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 794/2.

(9) في (ز): (إلا) وما أثبتناه موافق لما في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام.

(10) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 182/17.

(11) عبارة (أي ظاهر المدونة) ساقطة من (ب).

يعني: في المال الذي تقع به[1] الكتابة الذي هو من تمام صيغتها.

وقوله: (وَصُحِّحَ خِلافُهُ)؛ أي: وصحح بعض الشيوخ خلاف اشتراط التنجيم في الكتابة، وأنها تصح حالة.

وأما ما ذكر من أن ظاهرها اشتراط التنجيم، فذلك من قوله فيها، والنص "للتهذيب": وإن كاتبه على ألف درهم، ولم يضرب لها أجلًا، نجمت عليه -وإن كره السيد- على قدر ما يرى من كتابة مثله، وقدر[2] قوته ولا تكون حالّة، والكتابة عند الناس منجمة، وكذلك إن أوصى أن يكاتب بألف درهم ولم يضرب لها أجلًا. اهـ[3].

قال عياض: ظاهرها أن الكتابة إنما تكون منجمة، وإلى هذا أشار أبو محمد في "رسالته"[4].

قلتُ: يعني قوله فيها: والكتابة جائزة على ما رَضِيه العبد وسيده من مال منجم؛ قلَّت النجوم أو كثرت[5]، ثم قال عياض: وإن التنجيم على ظاهر كلامه من شرطِها وصحتها، وهو قول الشافعي، وأنها لا تجوز حالَّة.

وحكى القاضي أبو محمد عن متأخري شيوخنا أنها تجوز حالَّة، وهو مذهب أبي حنيفة، وهو الذي ارتضاه هو وغيره من أئمتنا، وقد يحتمل قوله: (والكتابة عند الناس منجمة) على[6] الغالب والعرف؛ فلذلك حَكَم فيها في المبهمة والوصية بالتنجيم. اهـ[7].

وعلى هذا الاحتمال مرَّ ابن عبد السلام.

وإلى ما حكاه القاضي أبو محمد عن المتأخرين، وارتضاه هو وغيره من جواز

---

(1) في (ز): (فيه).

(2) ما يقابل كلمة (وقدر) غير قطعي القراءة في (ز).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 275/2.

(4) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1260/3.

(5) الرسالة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا)، ص: 69.

(6) كلمة (على) ساقطة من (ز).

(7) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1260/3.

كون الكتابة حالَّة أشار المصنف بقوله:(وصُحِّحَ خِلافُهُ)، وتعبيره بـ(صُحِّحَ)[1] يدل على أن المُصَحِّح للحلول غير من سمَّى من الشيوخ في الخطبة كما شرط.

والذي نقلناه عن عياض نقله ابن شاس عن الأستاذ أبي بكر، قال: ظاهر قول مالك فيمن كاتب على ألف ولم ينجمها أنها[2] تنجم؛ إذ[3] التنجيم شرط في الكتابة، وعلماؤنا النُّظَّارُ يجيزون كونها حالة، ويسمونها قطاعة، وهو القياس.اهـ[4].

ولا أدري أي النقلين اعتَمَد المصنف.

وقال ابن رشد: تجوز الكتابة عندنا حالة ومؤجلة، فإن وقعت مسكوتًا عنها أجِّلت؛ لأنَّ العرف فيها كونها مؤجلة منجمة، هذا قول متأخري أصحابنا.

وقال ابن أبي زيد في "رسالته": الكتابة جائزة على ما رضيه العبد وسيده من المال منجمًا، فظاهره أنها لا تكون إلا منجمة، وليس بصحيحٍ على مذهب مالك، وإنما منعها حالَّة أبو حنيفة[5].

قال ابن عرفة: قول الشيخ / لا يدل على منعها حالة؛ بل على عدم صدق لفظ[6] الكتابة عليها فقط، فتأمَّله.اهـ[7]. [ز:739/أ]

قلتُ: بل ظاهر كلام الشيخ كما فهم ابن رشد؛ لقوله: (جائزة)، ولو كان كما قال ابن عرفة؛ لقال: صادقة، أو واقعة، أو نحوه.

---

(1) في (ز): (بصح).

(2) في (ب) و(ع2): (أنه).

(3) في (ز) و(ب) و(ع2): (أن) ولعلَّ ما أثبتناه أصوب.

(4) عقد الجواهر، لابن شاس: 1204/3 و1205.

(5) المقدمات الممهدات، لابن رشد: 182/3، وما تخلله من قول ابن أبي زيد فهو في الرسالة، ص: 69.

(6) كلمة (لفظ) ساقطة من (ز).

(7) المختصر الفقهي، لابن عرفة: 371/10.

[مما يجوز في المكاتبة]

وجازَ بِغَرَرٍ كآبِقٍ، وعَبْدِ فُلانٍ وجَنِينٍ[1]، لا لُؤْلُؤٍ لَمْ يُوصَفْ كَخَمْرٍ، ورُجِعَ لِمُكَاتَبَةِ[2] مِثْلِهِ

هذا هو الركن الثالث، وهو العوض الذي تعقد به الكتابة، وهو ما يأخذه السيد، وذكر أنها تجوز بالعوض الذي فيه غرر هل يحصل أم لا، كما لو كاتبه السيد[3] على عبد للعبد المكاتب، وذلك العبد الذي هو عوض أَبِقَ حال العقد.

وتجوز -أيضًا- على أن يأتيَه العبد بعبد فلان، أو على[4] جنين في بطن أمة للعبد، والغرر في هذه الأشياء ظاهرٌ.

وقوله: (**لا لُؤْلُؤٍ لَمْ يُوصَفْ**)؛ أي: إنما يجوز فيها من[5] الغرر ما كان نحو الآبق وعبد فلان وجنين، وأما إن كاتبه على نحو لؤلؤ لم[6] يصفه، فإنَّ هذا النوع من الغررِ لا يجوز في عقد الكتابة؛ لما سترى من الفرق بين هذا النوع والذي قبله.

ومنع الكتابة باللؤلؤ الذي لم يوصف كمنعها بالخمر ونحوه[7] مما لا يجوز تَمَلُّكه، وهذا معنى قوله:(**كَخَمْرٍ**)؛ أي: ولا تجوز[8] باللؤلؤ الذي لم يوصف كما لا تجوز بالخمر[9].

وقوله:(**ورُجِعَ لِمُكاتَبَةِ مِثْلِهِ**)؛ أي: إن[10] وقعت الكتابة بهذا النوع الذي لا

(1) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (وجَنِينٍ وعَبْدِ فُلانٍ) بتقديم وتأخير.

(2) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (لِكِتابَةِ).

(3) عبارة (وذكر أنها تجوز... كما لو كاتبه السيد) ساقطة من (ز).

(4) كلمتا (أو على) يقابلهما في (ز): (وعلى).

(5) كلمة (من) ساقطة من (ز).

(6) في (ع2) و(ز): (ولم) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(7) في (ز): (ونحوها).

(8) في (ب): (يجوز).

(9) عبارة (كما لا تجوز بالخمر) يقابلها في (ع2): (كمنعها بالخمر ونحوه مما لا يجوز تملكه) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(10) في (ب): (وإن).

يجوز أن يكون عوضًا، فإن فاتت بالأداء مضت، وإن اطلع عليها قبل الأداء، فإنها لا تنفسخ[1]؛ لأنَّ عقدها فوت لكن يرجع إلى العوض الذي يكاتب عليه مثل العبد لكون العوض المعقود عليه لا يجوز فيها، وفاعل (جَازَ) من كلام المصنف ضمير يعود على عقد الكتابة أو على عوضها المفهوم من السياق، والباء في (بِغَرَرٍ) للمصاحبة، ويحتمل ضمير (جازَ) أن يعود على كذا من قوله: (بِكَذَا).

وظاهر كلام المصنف أن عقد الكتابة بالغرر جائزٌ ابتداء من غير كراهة.

وكذا[2] هي عبارة اللخمي، فإنه قال: الكتابة بالغرر جائزة؛ لقوله ﷺ: «**المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ**»[3] فأجاز أن يتكلف المدة الطويلة، فإن عجز عن آخر نجم كان عبدًا، ولا يجوز في البيع تنجيم الثمن، فإن لم يوف كان المنتقد من الثمن، والسلعة للبائع[4].

وقال ابن يونس: روي أنه ﷺ قال: «**المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ عَشْرَةُ دَراهِم**»[5].

وقال عمر وعثمان وزيد بن ثابت وابن عمر، وجماعة من التابعين: هو عبد ما بقِيَ عليه درهم.

قال ابن القاسم: والكتابة بالغرر جائزة؛ لأنه عبده يجوز بينهما من الغرر ما لا يجوز بين الأجانب، ولا يشبه البيوع ولا النكاح.

---

(1) في (ز): (تفسخ).

(2) في (ز): (وكذلك).

(3) حسن، رواه أبو داود في باب المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت، من كتاب العتق، في سننه: 20/4، برقم (3926).

والطحاوي في شرح معاني الآثار: 111/3، برقم (4712) عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3963/7.

(5) حسن، روى الترمذي في باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي، من أبواب البيوع، في سننه: 553/3، برقم (1260) عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَخْطُبُ يَقُولُ: «مَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فَأَدَّاهُ إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ» أَوْ قَالَ: «عَشَرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ عَجَزَ فَهُوَ رَقِيقٌ».

قال أبو محمد: بخلاف مراباة السيد عبده؛ لأنَّ ذلك تبايع وهذا كالخراج[1]، وقد قال مالك في غير "المدونة": لا يجوز الربا[2] بين السيد وعبده.اهـ[3].

قلتُ: وما عزا ابن يونس لابن القاسم من جواز الغرر هو ظاهر كلامه في "الكبرى"[4].

وأما ما[5] مثَّل به الجواز من الأشياء الثلاثة، فهو مقتضى ما نقل من إطلاق الجواز في الغرر عن ابن القاسم، وهو نصُّ اللخمي فيما عدا عبد فلان، ونصه: فإن كان الغرر في ملك العبد، فكاتبه[6] على عبد له آبق أو بعير شارد أو جنين في بطن أمه أو ثمر[7] لم يبد صلاحه؛ جاز، وكره ذلك أشهب في كتاب محمد ابتداء، فإن نزل مضى.اهـ[8].

فظاهر هذه العبارة الجواز ابتداءً من غير كراهة -كما ذكر المصنف- ونص ما لأشهب في[9] كتاب محمد -فيما عدا عبد فلان- وزاد في[10] الشارد والدين على غائب: (لا يعلم حاله) على ما نقل ابن يونس -وهو في "النوادر"[11]- ونصها من كتاب ابن المواز: قال أشهب: من كاتب عبده على عبد آبق أو بعير شارد، أو جنين في بطن أمه، أو دين على غائب لا يعلم حاله؛ لم أفسخ الكتابة، وإن كنت أكره ما فعلا؛ لإجازة غير واحد الربا بين العبد وسيده، ولا يعتق حتى يقبض السيد ما شَرَط.

ولو كاتبه على أنه بريء إليه منه الآن؛ عتق مكانه، وإن لم يقدر السيد على ذلك

---

(1) في (ز): (كالخارج).

(2) عبارة (لا يجوز الربا) يقابلها في (ز): (يجوز) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 51/6 و52.

(4) انظر: المدَوَّنة (السعادة/صادر): 231/3.

(5) كلمة (ما) ساقطة من (ب).

(6) في (ع2) و(ب): (فكاتب).

(7) كلمتا (أو ثمر) يقابلهما في (ز): (وثمر) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(8) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3963/7.

(9) في (ب): (من).

(10) في (ع2) و(ب): (في).

(11) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 71/13.

أبدًا[1].

وأما جوازها على عبد فلان، فقال في "المدونة": وإن كاتبه[2] على عبد فلان؛ جاز بخلاف النكاح[3]، وظاهرها -أيضًا- الجواز ابتداء من غير / كراهة. [ز:739ب]

قال سحنون: فإن لم يصل إليه فعليه قيمته[4].

وفي "النوادر" من[5] كتاب ابن المواز: أجاز ابن القاسم الكتابة على عبد فلان، ولم يره أشهب، وقال: تفسخ الكتابة إلا أن يشتريَه قبل الفسخ.

محمد: فإن[6] لم يشتره أدَّى قيمته، ولا يفسخ ذلك.

قال ابنِ ميسر: لا يتم له شيء إلا بعبدِ فلان.اهـ[7].

قال اللَّخمي: والجواز من غير كراهة في الآبق وما ذكر معه أحسن؛ لأنّ للسيد انتزاع ذلك من عبده، وأن يجبره على طلبه من غير كتابة، فإذا جعل له بذلك العتق فقد تفضَّل عليه[8].

ولم يذكر ابن الحاجب الجواز في الآبق، وما ذكر معه؛ بل قال: (وتكره)[9]، وكذا ابن شاس فإنه اقتصر على ما حكي عن أشهب في ذلك[10].

قلتُ: وهو الأَوْلى؛ لأنَّ النصَّ من ابن القاسم على الجواز من غير كراهة ليس بصريحٍ، وإنما اعتمد المصنف على عبارة ابن يونس، واللخمي.

وما ذكر من امتناعه[11] على لؤلؤ لم يوصف هو نص "المدونة"، قال فيها: وإن

---

(1) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 52/6.

(2) في (ب): (كاتب).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 274/2.

(4) قول سحنون بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 53/6.

(5) في (ز): (ومن).

(6) في (ب): (وإن).

(7) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 71/13.

(8) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3963/7.

(9) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 794/2.

(10) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1205/3.

(11) في (ز): (امتناعها).

كاتبه على لؤلؤ غير موصوف لم يجز؛ لتفاوت الإحاطة بصفته[1].

زاد في النوادر: قال محمد: لا يفسخ، ويكون من أوسط الذي يشبه ما بينهما.اهـ[2].

ونقله ابن يونس، قال ابن المواز: وقال غير ابن القاسم: ذلك جائز في اللؤلؤ وله وسط كالكتابة على وصفاء، وإن لم يسمِّهم، قال ابن يونس: يريد: وقد ذكر العدد.اهـ[3].

وجوابه في مسألة اللؤلؤ يدل على أنه لا يجيز كل غرر، وعارضه بعضهم بما له في مسألة الوصفاء، ونصها من "التهذيب": ومن كاتب عبده على وصفاء حمران أو سودان ولم يصفهم؛ جاز، وله وسط من ذلك الجنس كالنكاح[4].

قال ابن يونس: فإن لم يصف الجنس، وفي البلد[5] حمران وسودان[6] ولا غالب في ذلك، فإنه يعطى النصف من كل جنس كالنكاح بذلك.

وقال نحوه أبو عمران، قال بعض شيوخنا: ولو لم يسم العدد فالكتابة باطل كما نبَّه في قول غيره إذا كاتبه على لؤلؤ غير موصوف.

قال ابن يونس: وهو الصواب، وقال غيره من شيوخنا: لا تفسخ الكتابة ويكون[7] عليه كتابة المثل وصفاء ما لم تنقص عن وصفين.

قال: وكذلك -على قول غيره في مسألة اللؤلؤ- عليه كتابة المثل من ذلك ما لم تنقص[8] عن لؤلؤتين، وجعله كمن أوصى بكتابة، ولم يسم أنه يكاتب كتابة مثله.

وقال غيره من شيوخنا: لا يجوز ذلك في الصحة، ويجوز في الوصية احتياطًا،

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 274.

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 71/13.

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 53/6.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 274.

(5) في (ز): (النوادر) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) كلمتا (حمران وسودان) يقابلهما في (ز): (سودان وحمران) بتقديم وتأخير.

(7) في (ز): (وتكون).

(8) في (ز): (ينقص).

ونظرًا للموصي؛ إذ لا يقدر على استحداث ما أراد[1] من البر.اهـ[2].

وفرَّق عياض بين اللؤلؤ والوصفاء بأنَّ اللؤلؤ المبهم يتعذَّر معرفة الوسط منه؛ لتفاوت أجناسه وأجناس وسطه، وأدنى تفاوت يزيد في قيمته كثيرًا، فحَصْر[3] الوسط منه بغير صفة ولا تقدير مُتَعذِّر على مذهبه؛ خلاف الوصفاء فإِنَّ تباين أوساطهم بعضهم مِنْ بعض غير بعيد.

قال: وهذا هو الصحيح خلاف قول غيره بالتسوية بين الوصفاء واللؤلؤ، واتفقوا إن لم يسم للؤلؤ[4] عددًا أو وزن جملة؛ أن الكتابة لا تجوز.

واختلفوا إن لم يسمِّ عدد الوصفاء، فقيل: لا تجوز[5] كاللؤلؤ، وقيل: تجوز، وله كتابة مثله وصفاء.

وأشار بعضهم إلى أنَّ قوله في اللؤلؤ: (لا يحاط بصفته) مخالفٌ لما أجاز من السَّلم فيه، وليس بشيء؛ لأنَّ السلم يقدر على[6] حصر صفته بأن يذكر جنسه وعدده ووزن كل[7] حبَّة منه وصفتها، فينحصر[8] الوصف أو يحضر حبَّة، فيقول: أسلم لك في مائة حبة على صفة هذه وقدرها، وإذا كانت على لولؤ مبهم تعذَّر معرفة صفة[9] الوسط منه، كما تقدم[10].

وأما ما ذكر من أنَّ الكتابة إن وقعت بما لا يجوز من الغرر كاللؤلؤ، وبما[11] لا يتملك كالخمر أنها لا تفسخ، ويرجع المكاتب إلى كتابة المثل، فلم أرَ من نصَّ على

---

(1) في (ز): (أمر).

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 52/6 و53.

(3) في (ز): (لحصر).

(4) في (ز) و(ع2): (اللؤلؤ) وما أثبتناه موافق لما في تنبيهات عياض.

(5) في (ب): (يجوز).

(6) كلمة (على) ساقطة من (ز).

(7) كلمة (كل) ساقطة من (ز).

(8) في (ز): (فيحضر).

(9) كلمة (صفة) ساقطة من (ب) وعبارة (تعذَّر معرفة صفة) يقابلها في (ع2): (تعذَّر صفة).

(10) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1263/3 و1264.

(11) كلمة (وبما) يقابلها في (ب): (أو مما) ولعل الصواب ما أثبتناه.

هذه الجملة نصًّا صريحًا من أهل المذهب غير ابن الحاجب فيما لا يصح تملُّكه[1]، ويلزمه ألا يفسخ فيما يمتنع للغرر مما يصح تملكه[2] أحرى؛ بل ظاهر "المدونة" في مسألة اللؤلؤ الفسخ كما تقدم.

والذي يقول بعدم الفسخ[3] إنما هو أشهب كما تقتضي عبارة النوادر في النقل عنه[4]؛ نعم قال في "المدونة": مَنْ شرط على مكاتبته أن ما ولدت / في كتابتها فهو عبد[5]؛ أن شرطه باطل، ولا تفسخ الكتابة كما لا أفسخها من عقد الغرر بما أفسخ به البيع[6]. [ز:740/أ]

وهذا وإن كان ظاهره أنها لا تفسخ بالغرر[7] لكن قدَّمنا أن المتلخص من كلام ابن القاسم أن من الغرر ما يجوز في الكتابة، ومنه ما لا يجوز كاللؤلؤ، فلعلَّ كلامه هنا على ما يجوز في الكتابة، وإن كان لا يجوز في البيع، وهذا التأويل لا بد منه؛ لئلا يتناقض كلام ابن القاسم في الكتابة بالغرر.

ولئن سلَّمنا أنها لا تفسخ بكلٍّ[8] ما فيه غرر -بمقتضى هذا النص- لكن جعله[9] عقدها بالغرر كعقدها بالخمر بجامع فساد العوض لا يصح؛ لثبوت الفارق، وهو أن الخمرَ لا يصح تملكه لعينه، فلا يلزم من عدم فسخها بالغرر؛ ألا تفسخ بالخمر.

---

(1) في (ز): (ملكه).

انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 794/2

(2) في (ز): (ملكه).

(3) كلمة (الفسخ) ساقطة من (ز).

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 71/13.

(5) كلمتا (فهو عبد) يقابلهما في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (حر)، وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 276/2.

(7) قوله: (بالغرر) زيادة من (ز).

(8) في (ز): (لكل).

(9) في (ع2) و(ب): (جعلها).

ولئن سلَّمنا أنها لا تفسخ إن عقدت بأحد النوعين، فليس في "المدونة" ما يدل على الرجوع إلى كتابة المثل؛ لاحتمال أن يكون[1] الرجوع إلى قيمة العبد أو قيمة العوض بتقدير حِلِّيَّة بيعه، وهذا هو الذي تحتمله عبارة ابن الحاجب، فإنَّه قال في العوض الذي عقدت به الكتابة: وإذا لم يصح تملكه كالخمر رجع بالقيمة، ولا يفسخ لفسادِ العوض[2]، والأقرب أن يريد بالقيمة قيمة العبد.

فإن قلتَ: يُصَحِّحُ ما ذكر المصنف -من الرجوع إلى كتابة المثل- وما ذكر ابن الحاجب -من الرجوع فيه إلى قيمة العبد إن عقدت بالخمر وشبهه- ما نقل صاحب "النوادر"، وابن يونس عن "العتبية" من قول سحنون في النصراني يكاتب[3] عبده النصراني بمائة قسط من خمر، ثم يُسْلِم المكاتب بعد أن أدَّى نصف الخمر؛ أن[4] على المكاتب نصف قيمة نفسه عبدًا قِنًّا، ويكون[5] عليه نصف كتابة مثله في قوته على السعاية، وكذلك لو كان إنما أسلم السيد فالجواب سواء.

وذكر ابن حبيب مثله عن ابن الماجشون؛ إلا أنه قال: يكون عليه حصة ما بقي من كتابة مثله، فإن لم يفِ نصف الخمر والخنازير طالَبه بنصف كتابة مثله إن ثلث فثلث أو[6] ربع فربع. اهـ[7].

قلتُ: إن كان مستندهما هذا، فقد لا يسلم لهما جعل هذا قاعدة كلية، فإن هذه الكتابة عقدت أولًا في الكفر، ثم لمَّا أسلم المكاتب؛ كان له بإسلامه حق فيما عقد فيه من الحرية على وجه يسوغ لهم أولًا لا سيما إن قلنا: (إنهم غير مخاطبين) فلا يلزم من فسخ هذا -لعدم المنع من عقدها أولًا- فسخ الكائنة بالخمر بين المسلمين، وهو ظاهر.

---

(1) في (ز): (تكون).

(2) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 794/2.

(3) في (ز): (فكاتب).

(4) كلمة (أن) ساقطة من (ز).

(5) كلمة (ويكون) يقابلها في (ع2) و(ز): (أو يكون) وما اخترناه موافق لما في النوادر والزيادات.

(6) في (ز): (أم).

(7) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 119/13.

وفَسْخُ ما عَلَيْهِ فِي مُؤَخَّرٍ أَوْ كَذَهَبٍ عن وَرِقٍ[1]

(فَسْخُ) مرفوع بالعطف على الضمير[2] في (جازَ)، وصحَّ العطف وإن لم يؤكد المضمر؛ للفصل[3]، والمعنى أن سيدَ المكاتب له أن يفسخ ما ثبت له على مكاتبه من الكتابة في دين مؤخَّر لا يتعجله، ولا يحرم ذلك فيما بينهما؛ لما فيه من فسخ الدين في الدين كما يحرم ذلك بين الأجانب.

وقوله:(أَوْ كَذَهَبٍ)؛ الكاف اسم بمعنى: مثل، وهو معطوف على (مُؤَخَّرٍ)؛ أي: وجاز فسخ ما عليه من ورق في مثل ذهب، وإن لم يقبض، و(ذَهَب) صفته محذوفة؛ أي: مؤخر، ودلَّ على هذه الصفة المحذوفة أنه يذكر ما يختص به المكاتب من الأحكام الجائزة بينه وبين سيده، ولا يكون اختصاصٌ للجواز إلا إذا كان الذهب الذي يفسخ فيه مؤخرًا، وأما إن كان معجلًا فإنه يجوز فسخ الورق فيه بين جميع الناس؛ لجواز صرف الدين الحالّ.

وإذا جاز فسخ ما عليه من ورق في ذهب مُؤَخَّر؛ جاز العكس، وهو أن يفسخ ما عليه من ذهب في ورق مؤخر، وهذا مستفادٌ من إتيانه بالكاف.

ويستفاد من إتيانه بها -أيضًا- جواز فسخ ما عليه من ذهب في مثله، أو أجود، أو أردأ؛ معجل أو مؤجَّل، ولولا قَصْد هذا المعنى لما أتى بها؛ إذ يصح الكلام بدونها، وفسخ الذهب الدين في ورق مؤخر أو بالعكس.

وما ذكر معه بين غير السيد ومكاتبه لا يجوز؛ لما فيه من فسخ الدين في الدين والصرف المتأخر أو البدل[4] المستأخر، وإنما جازَت هذه الأشياء بين السيد ومكاتبه؛ لأنَّ الكتابة ليست بدين ثابت، / وإنما هي بمثابة خراج وظفه السيد على عبده، فله أن ينتقل من وظيف إلى وظيف ممَّا يوافق العبد عليه، وهو غالبًا لا يوافق [ز:740ب]

(1) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (كَذَهَبٍ فِي وَرِقٍ) جرًا بـ(فِي) عوضًا عن (عَنْ).
(2) في (ع2) و(ز): (المضمر) ولعل الصواب ما أثبتناه.
(3) كلمة (للفصل) ساقطة من (ز).
(4) عبارة (المتأخر أو البدل) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

إلا على رفق به[1]، ولا سيما وفِعْل ذلك ينشأ عنه العتق، والشرع متشوف إليه.

ونص هذه المسائل من "المدونة": ولا بأس أن تَفْسَخَ ما على مكاتبك[2] من عين أو عرض حلَّ أو لم يحل في عرض معجل أو مؤجَّل مخالف للعرض الذي عليه أو من[3] صنفه بخلاف البيوع، ولا يبيعه من أجنبي إلا بثمنٍ معجل.

ولا بأس أن تقاطعه على أن تضع عنه وتتعجل، أو تؤخِّره ويزيدك، أو على أن تفسخ الدنانير التي عليه في دراهم إلى أجل وتعجل عتقه.

قال مالك: ومَنْ كره أن يقاطعه على أن يضع عنه ويتعجل، فإنَّما جعل ذلك كالدين، وليس هو مثله، لأنَّ الكتابة ليست بدينٍ ثابت؛ ألا ترى أنه لا يحاص بها الغرماء في فلس المكاتب ولا موته، وإنما هو كمن قال لعبده: إن جئتني بكذا فأنت حر، ثم قال له[4]: إن جئتني بأقل من[5] ذلك فأنت حر، فلا بأس به.اهـ[6].

إلا أن ظاهر قوله أن فسخَ الدنانير في دراهم مؤجلة إنما هو مع تعجيل عتقه، وأنه لو لم يعجل عتقه لما علِمنا ما جوابه فيه، ولم يشترط ذلك في العرض، فإن صحَّ هذا الظاهر كان موافقًا لقول سحنون، ولعل الفرق بين العرض والدراهم أنَّ الربا في باب الصرف أشد منه في باب فسخ الدين في الدين، وليس في كلام المصنف ما يدل على هذا إلا أن في "التنبيهات" أنَّ اشتراط تعجيل العتق هو من قول سحنون.

قال: وكذا في كتاب ابن سهل، وعليه اختصر المختصرون، ولم يكن قول سحنون في كتاب ابن عتاب[7]، فلعلَّ المصنف مرَّ على ما في كتاب ابن عتاب.

وقال اللخمي: إن كانت الكتابة دنانير إلى أجل؛ جاز أن يأخذ عنها دراهم نقدًا؛ لأنَّه قد يكون حرًّا بنفس دفعِها.

---

(1) كلمة (به) ساقطة من (ز).

(2) كلمتا (على مكاتبك) يقابلهما في (ع2): (عليك) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) كلمتا (أو من) يقابلهما في (ب): (ومن).

(4) كلمة (له) ساقطة من (ز).

(5) كلمة (من) ساقطة من (ب).

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 275/2.

(7) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1267/3.

واختُلِفَ إن فسخها في دراهم إلى مثلِ الأجل، أو أبعد أو أقرب أو فسخ الدنانير في أكثر منها إلى أبعد من الأجل، فأجاز ذَلك مالك وابن القاسم، وإن لم يعجل العتق، ومنعه سحنون إلا أن يعجل العتق، ومنعه ابن عمر ﵁ وإن عجل العتق، وأجرى الكتابة مجرى الديون الثابتة، فإن كانت الكتابة عينًا ففسخها في[1] عرض، أو عروضًا[2] ففسخها في عين، أو كان[3] طعامًا ففسخها[4] في عين أو عرض، فإن كان من انتقد إليه[5] يأخذه نقدًا؛ جاز، وإن كان إلى مثل الأجل أو أقرب أو أبعد[6]؛ جاز عند مالك وابن القاسم، ولم يجزه سحنون إلا مع تعجيل العتق، ولم يجزه ابن عمر وإن عجله، ولا يجوز على أصله إن كانت طعامًا أن يفسخها في عين أو[7] عرض، وإن انتقد؛ لأنَّه على قوله بيع الطعام قبل قبضه.اهـ[8].

وضُعِّفَ قول سحنون بموافقته[9] على مقاطعة السيد الشريك في المكاتب مع تضمنها وجوهًا من الفساد.

قال بعضهم: وقول ابن عمر أجرى على أصل المذهب؛ لمنعهم الربا بين السيد وعبده القن الذي يجوز انتزاع ماله، فكيف بالمكاتب الذي يمتنع انتزاع ماله[10]؟!

قلتُ: ولعلَّ الفرق أن ارتكابَ ذلك في المكاتب بعد العلة المتقدمة من أن الكتابة ليست كالديون لمصلحة، وهي تسهيل الأسباب المفضية إلى تحصيل العتق

(1) كلمتا (ففسخها في) يقابلهما في (ع2): (ففسخها في عروض، فإن كانت الكتابة عينًا ففسخها في) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(2) في (ع2):(عرضًا).

(3) كلمة (كان) ساقطة من (ع2).

(4) في (ز): (ففسخه).

(5) عبارة (عينًا ففسخها في عرض... كان من انتقل إليه) ساقطة من (ب) وكلمتا (انتقد إليه) يقابلهما في (ع2): (انتقل إليه).

(6) عبارة (أقرب أو أبعد) يقابلها في (ز): (أبعد أو أقرب) بتقديم وتأخير.

(7) في (ز): (ولا).

(8) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3969/7.

(9) في (ز): (لموافقته).

(10) كلمة (ماله) ساقطة من (ب).

المتشوف إليه، ولأنَّ[1] السيد لا يقدر على انتزاع منه.

وأما القن فلا فائدة في اقتحام التعامل بالربا معه[2]؛ إذ لا يخرج به إلى عتق، ولأنَّ سيده[3] قادر على أن ينزع[4] منه المال الذي يأخذه منه بالربا، فارتكاب المحظور معه مفسدة محضة خالية من معارض[5] المصلحة، فيستصحب المنع فيه بخلاف المكاتب، فإن مصلحة العتق المرجو فيه أرجح من مفسدة المعاملة معه بما يشبه الربا، وهذا بحث يحتاج إلى زيادة بسط، والله تعالى أعلم.

ومُكاتَبَةُ وَلِيٍّ ما لِمَحْجُورِهِ بِالمَصْلَحَةِ

(مُكاتَبَةُ) معطوفة -أيضًا- على فاعل (جاز)، وكذا ما بعد هذه من المسائل في / [ز:741/أ] العطف على الفاعل المذكور وآخرها قوله: (ورضي أحدهما).

ومعنى كلامه هنا: وجازت مكاتبة ولي المحجور من أبٍ أو وصيٍ أو مقدم لما في ملك محجوره من الرقيق إذا كان في الكتابة مصلحة للمحجور، وهذا معنى قوله: (بِالمَصْلَحَةِ)، وهو متعلق بـ(مُكاتَبَةُ)، والباء للمصاحبة أو السببية[6]، و(ما) مفعول[7] بـ(مُكاتَبَةُ)، وهي واقعة على الرقيق، وهي موصولة أو نكرة موصوفة، وعلى الأول فهي صفة لمحذوف؛ أي: الرقيق الذي، والتقدير الثاني أرجح؛ لأنَّه لا يحتاج معه إلى حذف موصوف، وقد تقدَّمت هذه المسألة عند الكلام على حد الكتابة، ويأتي مثلها في الوصايا.

قال في "المدونة": وللوصي أن يكاتب عبد مَنْ يليه على النظر، ولا يجوز أن

---

(1) في (ع2): (ولا).

(2) كلمة (معه) زيادة انفردت بها (ز).

(3) في (ع2): (السيد).

(4) في (ز): (ينتزع).

(5) في (ز): (عارض).

(6) في (ز): (للسببية).

(7) في (ب): (مفعولة).

يعتقه على مال يأخذه[1] منه، إذ لو شاء انتزعه، ولو كان على عطية من أجنبي؛ جاز على النظر كبيعه، وكذلك الأب له أن يكاتب عبد ابنه الصغير على النظر، ويبيع له ويشتري على النظر، وإن أعتق عبد ابنه الصغير؛ جاز عتقه إن كان للأب مال، وإلا لم يجز.

وقال غيره: إلا أن يوسر قبل النظر في ذلك فيتم عتقه ويقوم عليه[2].

وقال في الوصايا من "النوادر": ومن كتاب محمد: وله أن يكاتب عبد يتيمه ولا يعتقه عنه.

قال أشهب: ولا يعجل عتقه على مال يتبعه[3] به؛ إلا أن يكاتبه وإن أعتقه على أن أخذ منه مالًا أخفاه لو لا عتقه؛ لخيف أن يُتلفه، فذلك جائز.

محمد: إذا لم يكن يظهره قبل ذلك لولاء العتق.

قال أشهب: وكذلك لو كاتبه بهذا المال؛ جاز، وكذلك في ذلك كله فيمن يولى[4] عليه.

وفي كتاب القراض لمحمد: ولا يجوز أن يكاتب الوصي عبد يتيمه، فانظر معناه، هل هو[5] على غير وجه النظر. انتهى نقل "النوادر"[6].

وقوله فيها: (وكذلك في ذلك كله فيمن يولى[7] عليه) يعم كل محجور، وذلك يستلزم العموم في الأولياء من أب أو وصي أو مقدَّم -كما قدَّمنا[8]- وهو مراد المصنف بتنكير (وَلِيٍّ)، وهو وإن كان نكرة في سياق الثبوت، وشأنها أن لا تعم؛ لكن

---

(1) كلمتا (مال يأخذه) يقابلهما في (ب): (مال أن يأخذه) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 289.

(3) في (ز): (يبيعه).

(4) في (ز): (تولى).

(5) كلمتا (هل هو) يقابلهما في (ز): (لعل هذا) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(6) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 295 و296.

(7) في (ز): (تولى).

(8) انظر النص المحقق: 9/ 369.

لما كان حملها على ولي مخصوص دون غيره ترجيحًا[1] من غير مرجح، وحملها على واحد غير معيَّن لا يفيد تعين حملها على الجميع دفعًا للمحدودين.

وفي الوصايا الأول من "المدونة": ولا يبيع الوصي عقار اليتامى، ولا العبد الذي أحسن القيام بهم[2]. ومفهومه يقتضي أن له بيع العبد الذي لا يحسن القيام بهم، وإذا جاز له بيعه جازت له مكاتبته؛ لأنها من البيوع وإذا جاز ذلك للوصي؛ جاز لغيره من الأولياء.

ويشمل قول المصنف: (**لِمَحْجُورِهِ**) الصغير والسفيه البالغ، وعبارته أشمل من عبارة ابن شاس وابن الحاجب، فإنهما عبَّرا بالطفل[3].

واشتراطه[4] المصلحة في مكاتبة الولي رقيق المحجور لا يختص بهذا النوع من التصرف؛ بل فِعْل الولي في مال المحجور لا يمضي إلا بالمصلحة، وذلك مذكور في غير هذا الباب، فلذا لم يشترطه ابن شاس وابن الحاجب فلو حذفه المصنف كان أولى؛ إلا أن يقال: إنما ذكر إشارة إلى تأويل أبي محمد ما وقع في كتاب القراض لمحمد -من منعِ الولي كتابة رقيق محجوره- أن ذلك إذا كان على غير نظر كما نقلنا الآن عنه.

ومُكاتبَةُ أَمَةٍ وصَغِيرٍ، وإِنْ بِلا مالٍ وَكَسْبٍ

هذا الفصل يشبه أن يكون كلامًا على ركن الكتابة[5] الرابع، وهو العبد المكاتب، وذكر له شروط أربعة كلها مختلفٌ فيها، فلذلك[6] لم نذكر لهذا الركن ضابطًا، واتَّبعنا المصنف على سردِ مسائله على أنه لم يحسن سياقة فصول هذا الباب؛ بل خلط بعضها ببعض لمَّا ألزم نفسه من جميع المسائل المشتركة في حكم / [ز:741ب]

(1) في (ع2) و(ب): (ترجيح).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 178/4.

(3) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1205/3، وجامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 795/2.

(4) في (ع2) و(ب): (واشتراط).

(5) كلمتا (ركن الكتابة) يقابلهما في (ع2): (كتابة الركن).

(6) في (ب): (فلذا).

كالجواز أو غيره، وإن لم تكن من فصل واحد[1]، وهذا هو الاعتذار له.

ويعني: وجاز أن تكاتب الأمة والصغير، وإن كان[2] لا مال لهما، ولا يقدران على أن يكتسبا؛ لكون الأمة لا حِرفة لها، ولصغر الصغير، وظاهر كلام المصنف أن ذلك في الأمة جائزٌ من غير[3] كراهة.

وظاهر "اختصار البراذعي" أن مذهب ابن القاسم كراهة ذلك في الأمة، ونصه: ولا بأس بكتابة الصغير، ومن لا حِرفة له، وإن كان يسأل.

قال غيره: لا تجوز كتابة الصغير إلا أن يفوت ذلك بالأداء، أو يكون بيده ما يؤدِّي عنه فيؤخذ من يده، ولا يترك له فيتلفه لسفهه ويرجع رقًّا، وكَرِهَ مالك كتابة الأمة التي لا صنعة بيدها، ولا لها عمل معروف كما كره عثمان بن عفان أن تخارج.اهـ[4].

فظاهر قوله: وكره مالك أنه من كلام ابن القاسم، فيكون خلافَ إطلاق المصنف الجواز فيها، لا يقال: المصنف أخذ الجواز من قول ابن القاسم: ومن لا حرفة له، فإنه يعم الأمة وغيرها؛ لأنا نقول: ليس تلك عبارة "الأم"، فالاستدراك على المصنف في اتباعه لفظ البراذعي.

والاستدراك على البراذعي في إتيانه بصيغة العموم فيمن لا حِرْفة له، وإنما هو في الأم في حق العبد، وفي إيهام قوله: (وَكَرِهَ) أنه من كلام ابن القاسم، وإنما هو في "الكبرى" من كلام أشهب استدلالًا على ما ذهب إليه من عدم الجواز.

ونص "الكبرى" قلتُ: أرأيت العبد الصغير أيجوز أن يكاتبه سيده؟

قال: سألتُ مالكًا عن العبد يكاتبه سيده ولا حرفة له، فقال: لا بأس به.

فقيل لمالك: إنه يسأل ويتصدق عليه، فقال مالك: لا بأس بذلك، فمسألتك مثل ذلك.

وقال بعض الرواة -وهو أشهب-: لا يكاتب الصغير؛ لأنَّ عثمان قال: لا تكلفوا

---

(1) كلمة (واحد) ساقطة من (ع2).

(2) في (ب): (كانا).

(3) كلمتا (من غير) يقابلهما في (ب): (وغير).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 285/2.

الصغير الكسب، فإنكم متى كلفتموه ذلك سَرَقَ، إلا أن تفوت كتابته[1] بالأداء، أو يكون بيده ما يؤدي عنه فيؤخذ منه، ولا يُتْرَكُ في يده فيتلفه سفهه ويرجع رقيقًا.

قال أشهب: وسئل مالك: أيكاتب الرجل الأمة التي ليس بيدها صنعة ولا عمل معروف؟

فقال: كان عثمان بن عفان يكره أن تخارج الجارية[2] التي ليس بيدها صنعة ولا لها[3] عمل معروف، فما أشبه الكتابة بذلك.اهـ[4].

فإن قلتَ: إذا أجازه ابن القاسم في العبد الذي لا حرفة له يلزمه أن يجيزه في الأمة كذلك؛ لأنَّ الفرق بالذكورية طردي في باب العتق على ما علم[5].

قلتُ: ليس بطردي هنا؛ لأن الأمة التي لا حرفة لها إذا كوتبت يخشى أن تكتسب[6] بفرجها، فيوقع في إكراه الفتيات على البغاء المحرم بالقرآن.

وقد قال اللخمي: إن من المكاتبة[7] الممنوعة مكاتبة من كانت سعايته من غصب أو سرقة أو أمة تكسب[8] بفرجها[9].

وقال ابن يونس: قال أبو إسحاق: أما الأمة التي لا صنعة بيدها، فإن كان يتقي أن تكتسب بفرجها لتؤدي منه كتابتها فلا يجوز ذلك، ولا تعان على الفساد، وإن كان لها قدرة على السعي والسؤال؛ جاز أن تكاتب.اهـ.

وليس في مكاتبة بريرة دليلٌ على الجواز كما ظنَّ بعضهم؛ لأنَّ الظاهر من حالها

---

(1) كلمة (كتابته) ساقطة من (ز).

(2) في (ع2): (الأمة).

(3) كلمة (لها) ساقطة من (ز).

(4) المدونة (السعادة/صادر): 3/ 252.

(5) في (ز): (حكم).

(6) في (ب): (يكتسب).

(7) في (ع2): (الكتابة).

(8) في (ع2) و(ب): (تكتسب) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(9) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/3961.

أنها كانت تقوى على السؤال[1]، والظاهر عندي أن ابن القاسم يوافق على الكراهة المذكورة؛ لنقل أشهب ذلك عن مالك، وابن القاسم لم يتكلم إلا على العبد والصغير، وتردَّد بعضهم في الخلاف بينه وبين أشهب هل هو بالجواز والكراهة، أو بالجواز والمنع، وهذا هو الظاهر من "اختصار البراذعي" قول الغير، وأما لفظ "الأم" فمحتمل[2].

وقال اللخمي: اخْتُلِفَ في كتابة الصغير، فذكر ابن القصار عن مالك فيه قولين: الجواز والمنع، وأجازه ابن القاسم.

وقال أشهب في كتاب محمد: لا يجوز، ويفسخ إلا أن يفوت بالأداء، أو يكون له مال فيؤخذ منه ويعتق.

قال: وكذلك الجارية ذات الصنعة.

قال اللخمي: والأحسن اليوم أن لا يكاتب من لا حِرْفة له[3].

قال ابن شاس: وإذا فرعنا على قول أشهب في منع كتابة الصغير، فروى الدمياطي عنه أن ابن عشر لا تجوز كتابته.

قال القاضي أبو الوليد: وهو حد ما بين الصغير والكبير للضرب على الصلوات والتفريق في المضاجع؛ لقوته على العمل والانفراد، / فمن زاد عليها زيادة بينة احتمل أن يجيز أشهب كتابته؛ لقوَّته على العمل والسعاية.اهـ[4]. [ز:742/أ]

وأخذ بعضهم من قوله في "الكتاب": (وإن كان يسأل)[5] جواز شراء ما يتصدَّق به على الإنسان من كسرة أو غيرها.

قلتُ: يريد[6]: لأنَّ السيد باع عبده بما يتصدق به عليه.

قال: وانظر هل يؤخذ من هنا أن مَنْ أعتق صغيرًا لا تلزمه نفقته خلاف قوله في

(1) عبارة (جاز أن تكاتب... تقوى على السؤال) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

(2) في (ز): (فيحتمل).

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3961/7 و3962.

(4) عقد الجواهر، لابن شاس: 3/ 1206.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 285/2.

(6) كلمة (يريد) زيادة انفردت بها (ز).

البيوع: وشرط عليهم رضاعه ونفقته سنة، فذلك جائز إذا كان إن مات الصبي أرضعوا له آخر[1]، فإنَّه لو لم تكن نفقته تلزم البائع لما اشترطها على المبتاع.

وفي التجارة إلى أرض الحرب -أيضًا- أن[2] من أعتق ابن أمته الصغير[3]، فله بَيْع أمه، ويشترط على المبتاع نفقة الولد[4].

قلتُ: وقد يضعف هذا الأخذ بأنه لا منافاة بين الكتابة ووجوب النفقة[5]؛ لأنَّه عبده بَعْد حتى يؤدي؛ ألا ترى أنه يؤدي عنه زكاة الفطر على المشهور.

أو يقال: إن الصغير الذي تلزم نفقته إن أعتق هو الذي لا يقدر على الكسب، والذي يجوز أن يكاتب هو الذي يقدر على السؤال والعمل على ما نقل بعضهم في مكاتبة الصغير -يريد: إن قوي على السعي- ولم أقف عليه في كتاب[6] ابن يونس.

وانظر إجازة ابن القاسم[7] مكاتبة الصغير، هل فيها دليلٌ على جبر السيد عبده[8] على الكتابة أم هي مبنية على القول بعدم الإجبار، وتقدَّمت الإشارة إلى هذا[9].

وَبَيْعُ كِتابَةٍ أَوْ جُزْءٍ لا نَجْمٍ، فَإِنْ وَفَّى فَالوَلاءُ لِلأَوَّلِ، وَإِلَّا رُقَّ لِلْمُشْتَرِي

يعني وجاز بيع الكتابة كلها أو بيع جزء منها، كالثلث وغيره من الأجزاء، ولا يجوز بيع نجم منها كبيع دينار يعطيه المكاتب آخر الشهر مثلًا.

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 60/3.

(2) كلمة (أن) ساقطة من (ز).

(3) في (ع2) و(ب): (الصغيرة)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 129/3.

(5) في (ب): (الكتابة).

(6) عبارة (في مكاتبة الصغير... في كتاب) يقابلها في (ز): (عن).

(7) عبارة (وانظر إجازة ابن القاسم) يقابلها في (ز): (أنه قال في).

(8) كلمة (عبده) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(9) انظر النص المحقق: 9/ 368.

والفرق أن شراء هذا الدينار غرر؛ لأنَّ الكتابة لمَّا كانت ليست بدين ثابت لكون المكاتب إن عجز لم يتعلق بذمته؛ بل تفسخ الكتابة ويرجع رقيقًا، فلا يدري المشتري ما يحصل له، هل الثمن الذي دفع في النجم بتقدير العجز؟ أو النجم بتقدير الأداء؟ وليس مثل هذا الغرر في الدين الثابت في ذمة الحر، فإنَّ المشترى ما في الذمة على كل حال مجاز.

وأما شراء الكتابة كلها أو بعضها فإنما جازت؛ لأنَّ المكاتب إن أدَّى فقد حصل المقصود بالشراء، وإن لم يؤدِّ رجع رقيقًا كله للمشتري.

وإن[1] اشترى جميع الكتابة أو بعضه من رقبته -وهو الجزء المساوي منها للجزء المشترى من الكتابة- إن اشترى نصف الكتابة؛ كان له عند العجز نصفه، وعلى هذا القياس.

وهذا وإن كان فيه غرر؛ لأنَّه من بيعتين في بيعة عند مالك؛ إذ لا يدري ما يحصل له من الكتابة أو الرقبة لكنَّه غرر خفيف؛ لأنَّه بين شيئين متساويين[2]؛ إذ الكتابة غالبًا مساوية لقيمة العبد، والعبد وقيمته شيئان متساويان، فمشتري الكتابة أو جزئها دَفَع الثمن على أن يحصل له أحد المتساويين[3]؛ فيجوز، كما يجوز شراء عبد من عبدين يختاره[4] على اللزوم للمتبايعين أو أحدهما، ولا كذلك الغرر في شراء النجم؛ لأنَّه تردَّد بين الثمن والمثمون والتفاوت بينهما كثير؛ إذ الغالب في التبايع بين الأجانب قصد الأرباح، وذلك يستلزم التفاوت الكثير بين الأثمان والمثمونات.

فإن قلتَ: لم لا ينسب النجم من جميع الكتابة، فيرجع إلى شراء جزئها فيجوز؟

قلتُ: النجوم لا تنضبط[5]؛ إذ لهما أن يتَّفقا على أي تنجيم شاءا، فلا تعرف نسبة النجم إلا بعد التقويم، وذلك بيع[6] آخر مؤتنف، فما يقابل النجم من رقبةِ

(1) في (ع2) و(ب): (إن).

(2) في (ز): (متساوين).

(3) في (ز): (المساويين).

(4) في (ع2) و(ب): (بخياره) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) عبارة (النجوم لا تنضبط) يقابلها في (ز): (النجم لا ينضبط).

(6) كلمة (بيع) ساقطة من (ب).

المكاتب مجهول عند عقد البيع في النجم؛ فلم يجز بخلاف الأجزاء فإنها معلومة من أوَّل على أن هذا النجم الذي أراد المصنف هو المعين كما شرحنا به كلامه.

وأما لو كانت الكتابة أربعة أنجم مثلًا، فاشترى نجمًا منها، فالمنصوص في هذه الجواز؛ لأنَّه يرجع إلى الجزء.

وقوله:(فَإِنْ...) إلى قوله: (الأوَّل)؛ يعني: أن المكاتب الذي اشتريت كتابته أو جزئها إن أدَّى كتابته خرج حرًّا، والولاء لعاقد الكتابة فيه، وهو سيده / الأول، ولا [ز:742ب] يكون لمشتري الكتابة؛ لأن الولاء لمن أعتق، ومن عقد الكتابة ثبت له الولاء، ولا ينتقل عنه إلى غيره لا ببيعٍ ولا هبة؛ لنهيه ﷺ عن بيع الولاء وهبته[1]، ولا يكون للمشتري؛ لأنَّه إنما اشترى المال المشترط بعد العتق، وقد حصل له مقصوده.

وقال الشافعي وأحمد: الولاء للمشتري؛ لقوله ﷺ: «أَعْتِقِيهَا؛ فَإِنَّ الولاءَ لِمَنْ أَعْطَى الوَرِقَ»[2].

وأجيب بأنها قضية كان[3] المعتق فيها هو الذي أعطى الورق، وحكم القضية المعينة لا يتعدى[4] إلى غيرها أو يحمل الحديث على الغالب؛ لأنَّ شراء الكتابة نادر[5].

قلتُ: أو يكون المراد بقوله ﷺ: «مَنْ أَعْطَى الوَرِقَ»، هو[6] مالك الرقبة الذي

---

(1) متفق على صحته، روى مالك في باب مصير الولاء لمن أعتق، من كتاب العتاقة والولاء، في موطئه: 1137/5، برقم (622).

والبخاري في باب بيع الولاء وهبته، من كتاب العتق، في صحيحه: 147/3، برقم (2535).

ومسلم في باب النهي عن بيع الولاء، وهبته، من كتاب العتق، في صحيحه: 1145/2، برقم (1506) جميعهم عن ابن عمر رضي الله عنهما، قَالَ: «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الوَلَاءِ وَعَنْ هِبَتِهِ»، وهذا لفظ البخاري.

(2) رواه البخاري في باب بيع الولاء وهبته، من كتاب العتق، في صحيحه: 147/3، برقم (2536) عن عائشة رضي الله عنها.

(3) كلمة (قضية كان) يقابلهما في (ز): (مصيبة أن) وما اخترناه موافق لما في شرح ابن عبد السلام.

(4) في (ز): (تتعدى).

(5) من قوله: (والولاء لعاقد الكتابة) إلى قوله: (شراء الكتابة نادر) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 233/17.

(6) في (ز): (وهو).

دفع الورق في تحصيلها حسًّا أو حكمًا، ومالكها هنا هو عاقد الكتابة، ومشتري الكتابة لم يعط الورق في الرقبة حتى يكون الولاء له إنما أعطاها في خراج الرقبة، فأشبه مستأجر العبد، فإنَّ السيد إذا أعتق عبده بعد أن استأجره فالولاء له.

وقوله: (**وإلّا رُقَّ لِلْمُشْتَرِي**)؛ أي: وإن لم يوف العبد ما عليه من الكتابة؛ بل عجز، فإنَّه يرجع رقيقًا للمشتري؛ يريد: جميعه إن اشترى جميع الكتابة، أو بعضه إن اشترى بعضها كما قدَّمنا.

ونص بيع جميع الكتابة من "التهذيب" -مع ما فيها من زيادة على ما ذكر المصنف لا بد منها، وإن كانت معلومة من غير هذا الباب، وهي كيفية هذا البيع، ورأى المصنف الاكتفاء عنه بما قرَّر[1] في بيع الدين-: ولا بأس ببيع كتابة المكاتب إن كانت عينًا فبعرض نقدًا[2] وإن كانت عرضًا فبعرض مخالف له أو بعين نقدًا، وما تأخَّر كان دينًا بدين ويتبعه في بيعها ماله ومكاتبه، ويؤدَّى إلى المبتاع، فإن أدى وعتق كان ولاؤه للبائع وإن عجز رق للمبتاع.

قال ابن المسيب: والمكاتب أحق بكتابته إن بيعت بالثمن[3].

زاد ابن يونس: وقضى به عمر بن عبد العزيز.

قال عطاء: وكذلك من عليه دين فبيع؛ فهو أولى به بالثمن، وقاله مالك في سماع أشهب.

قال: وذلك إذا[4] بيعت جميع كتابته حتى يعتق بذلك، فأمَّا ما لا يعتق به، فلا يكون أحق به؛ لأنَّه[5] لا يرجع إلى حرية[6].اهـ[7].

قال بعضهم: يُقَوَّم من قول عطاء (أن الشفعة تكون في الدين) وقاله عيسى بن

---

(1) في (ز): (قدر).

(2) في (ز): (هذا).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 288/2.

(4) في (ع2): (إذ).

(5) كلمة (لأنه) ساقطة من (ز).

(6) في (ز): (حريته).

(7) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 96/6.

دينار في كتاب الجدار، وقاله عثمان وعلي رضي الله عنهما[1].

وقال ابن المواز: لم يقل أحد إنَّ الشفعة في الدين[2].

وأما جواز بيع الجزء من الكتابة، ففي "النوادر" عن "العتبية"، ونقله اللخمي وابن يونس، وأجاز ابن القاسم وأشهب بيع نصف المكاتب[3].

قلتُ: يريد: نصف كتابته؛ لأنَّ رقبته لا يجوز بيعها، ولا جزء منها.

وعبارة اللخمي: (نصف ما على المكاتب)[4]، ثم قال في "النوادر": أو جزء[5] منه أو نجم من غير عينه، وقاله أصبغ، ثم قال عن سحنون وأصبغ: وإنما لا يجوز بيع نجم بعينه، وأما إن اشترى نجمًا منهما من عشرة أنجم فهو جائز، وكأنه اشترى عشر الكتابة، فإن عجز فله عشر العبد.اهـ[6].

فإن قلتَ: أطلق المصنف المنع من بيع النجم، والنقل كما ذكرت إنما يمنع المعين لا المبهم.

قلتُ: لمَّا كان المبهم يرجع إلى الجزء اكتفى عنه بذكرِ الجزء؛ نعم بقي في كلامه شيء، وهو أن ظاهره جواز بيع الجزء؛ كان المكاتب لشخص واحد أو لشخصين[7]، بيع الجزء من المكاتب أو من[8] غيره.

أما إن كان لشخص واحد، فالحكم كما قال على ما رأيت من النصوص، وأما إن كان لشخصين[9] فإنما يتم إطلاقه على مذهب ابن المواز على كراهةٍ منه لبيع أحد

---

(1) قوله: (قال بعضهم: يقوم من... وعلي رضي الله عنهما) بنحوه في المفيد للحكام، لابن هشام (بتحقيقنا): 320/1.

(2) قول ابن المواز في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 116/11.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 98/13، والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 78/6.

(4) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3990/7.

(5) كلمتا (أو جزء) يقابلهما في (ز): (وجزء).

(6) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 98/13.

(7) في (ز): (شخصين).

(8) كلمة (من) ساقطة من (ب).

(9) في (ز): (لشخص).

الشريكين نصيبه من الكتابة من المكاتب.

وأما مالك وابن القاسم فمنعا، قال ابن يونس -وهو في النوادر أيضًا[1]-: قال مالك في "العتبية": ولا يجوز لأحد الشريكين في المكاتب بيع حصته وإن أذن له شريكه إلا أن يبيعا جميعًا.

قال ابن القاسم: وكذلك لا يشتري المكاتب نصيب أحد الشريكين إلا أن يشتري / جميعه. [ز:743/أ]

وقال ابن المواز: يُكْرَه بيع أحد الشريكين حصته في المكاتب من الكتابة[2]؛ لأنَّه كالقطاعة، وجائز من غيره.اهـ[3].

وكان حقُّ المصنف أن يفتي بمذهب مالك وابن القاسم؛ إلا أن يكون اعتمد على قول ابن عبد السلام: قال بعض الشيوخ: ولا أعلم للمنعِ وجهًا، وهذا الخلاف -كما ترى- في بيعِ أحد الشريكين[4].

ونقل ابن شاس في بيع جزء الكتابة[5] روايتين[6]، وابن الحاجب قولين[7]، ولم يخصَّا شريكًا من غيره، وأظنهما اعتمدا[8] في ذلك على نقل عبد الوهاب في "المعونة"، فإنه قال: في بيع جزء الكتابة روايتان: المنع، والجواز.

وجه المنع أنه يؤدي إلى تأديةِ الكتابة بقسمين مختلفين نصيب السيد، ونصيب مبتاع الجزء، وهو غير جائز كمكاتبة الشريكين بشيئين مختلفين.

ووجه الجواز اعتبار سائر المبيعات؛ لأنَّ كل بيع مقصود في نفسه إذا جاز بيع

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 97/13 و98.

(2) في (ع2) و(ب): (المكاتب) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس، وكلمتا (من الكتابة) ساقطتان من (ز).

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 97/6.

(4) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 232/17.

(5) في (ب): (الكتابية).

(6) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1211/3.

(7) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 797/2.

(8) في (ز): (اعتمد).

كله جاز بيع جزئه.اهـ[1].

وحكى عن ربيعة وعبد العزيز وأبي حنيفة والشافعي منع بيع الكتابة.

ومال إليه بعض شيوخ المذهب لما فيها من الغرر من وجوه كثيرة[2]، وانظر[3] فروع هذه المسألة في "النوادر"[4]، وابن يونس[5].

وإِقْرارُ مَرِيضٍ بِقَبْضِها إِنْ وُرِثَ غَيْرَ كَلالَةٍ، ومُكاتَبَتُهُ بِلا مُحاباةٍ، وإِلَّا فَفِي ثُلُثِهِ

يعني وجاز إقرار المريض في مرضه بأنه قبض الكتابة مِنْ عبده الذي كاتبه في حالِ صحته إن كان هذا المريض المقر له ولد يرثه ذلك الولد إن مات.

وهذا معنى قوله: (**إِنْ وُرِثَ غَيْرَ كَلالَةٍ**)، فـ(**وُرِثَ**) ماض مبني للمفعول، ومفعوله ضمير المريض، و(**غَيْرَ**) حال من ذلك المريض[6]؛ أي: إن ورث المريض حالة كونه (**غَيْرَ كَلالَةٍ**)، وهو ما إذا كان في ورثته ولد، وهذا هو الذي ذكر في "المدونة" في هذا المحل[7]، وهو على أحد الأقوال في تفسير الكلالة، وظاهره سواء كان الولد ذكرًا أو أنثى.

والقول الثاني: إن الكلالة إذا لم يكن ولد ذكر، ولو ترك ابنة على هذا فهو كلالة.

والقول الثالث: إن الكلالة الورثة إذا لم يكن فيهم أب فما علا، ولا ابن وإن سفل، ومراد المصنف هنا هو القول الأول كما ذكرنا.

وقوله: (**ومُكاتَبَتُهُ**) الضمير للمريض، والمصدر مضاف للفاعل؛ أي: وجاز أن يكاتب المريض عبده في[8] حال مرضه إذا كاتبه كتابة مثله، وهذا معنى قوله: (**بِلَا**

---

(1) المعونة، لعبد الوهاب: 383/2.

(2) قوله: (وحكى عن ربيعة...من وجوه كثيرة) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 230/17.

(3) في (ب): (انظر).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 97/13.

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 95/6.

(6) في (ز): (الضمير).

(7) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 299/2.

(8) كلمة (في) ساقطة من (ز).

مُحاباةٍ)؛ أي: بلا ميل من المريض إلى المكاتب في مكاتبته تلك بـأن[1] يكاتبه على أقلِّ من قيمته.

وقوله: (**وإلَّا فَفِي ثُلُثِهِ**)؛ أي: وإن أقرَّ المريض بقبضٍ كتابة من كاتب في صحته، وكان المريض يورث كلالة أو كاتب المريض عبده بمحاباة فذلك الإقرار، وتلك الكتابة يكونان في ثلث الميت، فإن حملهما ثلث تركته صحَّ الإقرار والكتابة، ولا كلام للورثة، وإن لم يحملهما الثلث خُيِّرَ الورثة فإما مضوا الإقرار والكتابة، وإلا لزمهم أن يعتقوا من العبد في الصورتين مبلغ الثلث منه بتلًا.

فقول المصنف: (**وإلَّا**) كلام على مفهوم الشرط من قوله: (**إِنْ وُرِثَ غَيْرَ كَلالَةٍ**) ومفهوم الصفة في قوله: (**بِلا مُحاباةٍ**)، فإنَّ المجرور في موضع الحال، ولمَّا كان المفهوم يقتضي أنه إن ورث كلالة يكون الحكم غير قبول الإقرار، ويقتضي -أيضًا- أن الكتابة إن كانت بمحاباة يكون الحكم غير صحتها؛ بَيَّنَ ذلك[2] الحكم فيهما بقوله: يكونان في الثلث، وإنما لم يُبَيِّن ما معنى كونهما في الثلث كما بيَّناه نحن؛ لأنَّ ذلك يعلم من باب الوصايا.

فإن قلتَ: في كلامه في المسألة الأولى إيهام، فإنَّه يشمل المريض الذي أقر بقبض الكتابة في المرض، وقد كان عقدها في الصحة ويشمل الذي عقدها في المرض، وأقرَّ بقبضها فيه، وحكم هذا أن تكون[3] في الثلث مطلقًا ورثه ولد أو كلالة، فعبارته غير جيدة!

قلتُ: لا إيهام[4] فيها؛ لأنَّ قوله: (**ومُكَاتَبَتُهُ**)، والضمير للمريض -كما تقدم- يدل على أن الأول لم يفعل في المرض؛ إلا الإقرار خاصة، وأما الكتابة / فكانت في الصحة، والثاني إنما فعل في المرض الكتابة خاصة، ولم يقر بقبضها فيه، فالمريض الأول انفراد بالإقرار في المرض، والثاني بالكتابة فيه، وعلى هذا يكون قوله: (**وإلَّا** [ز:743ب]

(1) كلمتا (تلك بأن) يقابلهما في (ز): (بل) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) كلمة (ذلك) ساقطة من (ع2).

(3) في (ز): (يكون).

(4) في (ع2): (إبهام)، وكلمتا (لا إيهام) يقابلهما في (ب): (لإبهام) ولعل الصواب ما أثبتناه.

فَفِي ثُلُثِهِ[1]) شاملًا لما تقدم من المفهومين، ولما إذا اجتمع في المرض الإقرار والكتابة.

ونص المسألة الأولى مع مفهومها في[2] "التهذيب": ابن القاسم: وإن كاتبه[3] في صحته[4]، وأقر في مرضه بقبض الكتابة منه؛ جاز ذلك، ولم يتهم إن ترك ولدًا، وإن كان ورثته كلالة والثلث لا يحمله لم يصدَّق إلا ببينة، وإن حمله الثلث صدق؛ لأنَّه إن[5] أعتقه جاز عتقه.

وقال غيره: إذا اتهم بالميل معه والمحاباة لم يجز إقراره؛ حمله الثلث أم لا، ولا يكون في الثلث إلا ما أريد به الثلث، وقاله ابن القاسم -أيضًا- غير مرة.اهـ[6].

وإنما شرط في تصديقه أن لا يترك ولدًا؛ لأنه لا يُتَّهم أن يفرَّ بماله عن ولده إلى مكاتبه كذا قالوا[7]، وفيه نظر إن لم يكن له من الولد إلا ابنة واحدة، وكان ماله كثيرًا؛ إلا أن يقال: إن الأحكام مناطة بالمظنة[8]، ولا عبرة بالحكمة ولا بتخلفها، وجعل المكاتب كالصديق الملاطف.

قال في الوصايا الأولى: إن أقرَّ لصديقٍ ملاطف بدين؛ جاز إن وَرِثه ولد أو ولد ولد، وإن ورثه أبوان وزوجة أو عصبة ونحوه؛ لم يجز إقراره له[9].

قال سحنون في غير "المدونة": في ثلث ولا غيره.

قال ابن يونس: وهو يشبه قول الغير هنا؛ لأنَّ الإقرار بالدين كالإقرارِ بقبضِه.

---

(1) في (ز) و(ب): (الثلث) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) في (ز): (من).

(3) في (ز): (كاتب).

(4) في (ز): (صحة).

(5) في (ز): (لو).

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 299/2.

(7) في (ز): (قالوه).

(8) في (ز): (بالظنة).

(9) كلمة (له) ساقطة من (ز)، وانظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 187/4.

وقال ابن حبيب في الإقرار للصديق[1]: إنْ حمله الثلث؛ جاز، ورثته كلالة أو ولد؛ لأنَّه لو أوصى له بالثلث؛ جاز، وهذا يشبه قول ابن القاسم في إقرارِه بقبضِ الكتابة[2].

وحكى ابن رشد في كتاب المديان الأول قولًا ثالثًا[3]: إنه يصدق، وإن لم يحمله الثلث؛ ورثه ولد أو كلالة[4].

قلتُ: وهذا هو الأصل؛ إذ هو إقرارٌ بدينٍ لأجنبي.

ووجه مَنْ جعله في الثلث أنه لا أقل من أن يكون قصد إعطاؤه إياه.

ووجه من ردَّه مطلقًا أنه لمَّا لم[5] يخرجه مخرج الوصية؛ بل مخرج الحقوق الثابتة تبيَّن أنه قَصَدَ الضرر في دفع[6] التهمة الحاصلة بسبب الصداقة وعدم الولد، وانظر آخر العتق الثاني فيمن أقرَّ في مرضه بعتق أو كفالة[7].

وأقام بعضهم من قول ابن القاسم وغيره هنا أن من قال في مرضه: كنتُ تصدَّقت على فلان في صحتي أنه يقبل على قول ابن القاسم؛ لأنَّه لو شاء لجعلها وصيَّة، ولا تصح على قول غيره؛ لأنَّه لم يقصد بها الثلث، وضعَّف بعضهم الأخذ بأن ما اختلفا فيه هنا لو قامت بينة به أو صدَّقه الورثة لتمَّ بخلاف الصدقة فإنها لا تَتِم، ولو مع ذلك لعدم الحوز، وظاهر قوله في "الكتاب": صدق إن حمله الثلث[8] تصديقه ولو مع الوصايا.

وقال عبد الحق عن بعض القرويين: إنما يصح ما ذكر مع فراغ الثلث من

---

(1) في (ب): (بالصديق).

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 122/6.

(3) في (ز): (ثانيًا).

(4) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 192/3.

(5) كلمتا (لما لم) يقابلهما في (ع2): (لا أقل من أن يكون لما).

(6) كلمتا (في دفع) يقابلهما في (ب) و(ز): (فيرد مع).

(7) كلمتا (أو كفالة) يقابلهما في (ز): (وكفالة).

انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 260/2.

(8) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 299/2.

الوصايا، وأما إن أوصى مع ذلك بشيء، فقد أراد أن يستغرق ثلثه بالوصايا، ويخرج العبد من رأس ماله[1]، فهو كالقائل: (أعتقت عبدي في صحتي) فلا يعتق، والوصايا خارجة من الثلث.

وحكي عن بعض شيوخنا القرويين خلاف هذا، وقال: يجوز إقراره؛ سواء أشغل[2] الثلث بوصايا أم لا إذا كانت الوصايا مما يبدأ عليها؛ عتق هذا العبد.اهـ[3].

قلتُ: قوله: (إنما[4] يصح مع فراغ الثلث) ينبغي أن تكون العبارة: (إنما يكون لهذا العبد ما يبقى من الثلث بعد إخراج الوصايا)؛ لأنَّ تعليلَه يدل على ذلك، وإلا فظاهره أنه مهما كانت معه وصية، ولو كانت يفضل[5] بعدها من الثلث أكثره أن[6] العبد يحرم ولا وجه له.

ثم مآل اختلاف هذين الشيخين إلى أنه مهما كان هناك من هو أولى بالتقديم من هذا العبد أنه يقدم الأولى[7]، وهذا لا إشكال فيه، وبقي فيه بحث غير هذا.

ونص الثانية بمفهومها -أيضًا- وقدم[8] في "المدونة" الكلام على المفهوم عند المصنف، وهو الكتابة بمحاباة، وأخر / الصريح عند المصنف، وهو الكتابة بلا محاباة، فقال: ومن كاتب عبده في مرضه وقيمته أكثر من الثلث، قيل للورثة: أمضوا كتابته فإن أبوا عتق من العبد مبلغ الثلث بتلًا، ولو أجاز له الورثة ذلك قبل موته، وهم كبار لزمهم ذلك بعد موته، وإن كاتبه في مرضه وقبض الكتابة ثم مات السيد، فإن لم يحابه، جاز ذلك كبيعه ومحاباته في البيع في ثلثه. [ز:744/أ]

وأما المديان يكاتب عبده فلا يجوز ذلك، والكتابة فيه من ناحية العتق بخلاف

(1) في (ز): (المال).
(2) في (ع2): (أشعل).
(3) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 339/1.
(4) في (ع2): (إما).
(5) في (ع2): (بفضل).
(6) في (ب): (لأن).
(7) في (ز): (الأول).
(8) في (ز): (وتقدم).

المريض.

وقال غيره: الكتابة في المرض من ناحية العتق وقعت بمحاباة أو بغير محاباة، ويوقف بنجومه، فإن مات السيد والثلث يحمله، جازت كتابته، وإن[1] لم يحمله خُيِّرَ الورثة في الإجازة أو بتل محمل[2] الثلث منه بما في يديه من الكتابة، وقاله أكثر الرواة.اهـ[3].

وإنما أتينا بالمسألة بكمالها لما فيها من فائدة التفصيل، وذكر الخلاف ومخالفة المديان للمريض، وإلا فمسألة المؤلف بمنطوقها ومفهومها[4] يتضمَّنها قوله: (وإن كاتبه في مرضه وقبض...) إلى قوله: (في ثلثه)، وقوله في هذه: وقبض الكتابة؛ يريد: ببينة.

المسألة الثالثة: وهي اجتماع الكتابة والإقرار في المرض، وظاهر هذه أن الكتابة ماضية بغير محاباة حمله الثلث أم لا، وفي كتاب محمد: والثلث يحمله، فإن لم يحابه جاز[5].

وظاهر كلام اللخمي أنها على ظاهرها؛ لأنه قال: قال ابن القاسم في المريض يكاتب عبده، ولم يحابه: إنه مثل البيع، فإن أدَّى كتابته قبل موت السيد كان حرًّا ولا كلام للورثة فيه.

وقال أيضًا: إنه كالعتق فإن كانت قيمته أكثر من الثلث خير الورثة فإما أمضوها أو أعتقوا[6] منه محمل الثلث بتلًا.اهـ[7].

وظاهر كلامه أنه فهم أن قول ابن القاسم اختلف، وكذا ما وقع لابن المواز من

---

(1) في (ز): (ولو).

(2) في (ز): (محل).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 299/2.

(4) كلمتا (ومفهومها) ساقطة من (ز).

(5) قوله: (وفي كتاب محمد: والثلث يحمله، فإن لم يحابه جاز) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 120/6.

(6) في (ز): (عتقوا).

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4021/7.

قوله: (والثلث يحمله) فإن ظاهره -إن لم يكن من قول ابن القاسم[1]- التوفيق بين قولي ابن القاسم، وعندي أنه لم يختلف قوله، وأنهما مسألتان، فإن كاتبه بغير محاباة مضت، وإن زادت على الثلث؛ لأنَّه جعلها كالبيع، وبيعه بغير محاباة ماض ولو زاد المبيع على الثلث، وإن كاتبه بمحاباة فحينئذ ينظر إلى الثلث، وهذا -أيضًا- حكم البيع؛ لقوله: (ومحاباته[2] في البيع في ثلثه)[3]، وهو ظاهر.

ونقل ابن يونس في كتابة المديان والمريض ثلاثة أقوال:

- قول سحنون: إنها من ناحية العتق فيهما.
- وقول ابن القاسم: إنها من ناحية العتق في المديان.
- وقول أشهب: إنها من ناحية العتق[4] في المريض.

وانظر تمام كلامه في هذه المسألة[5].

ونص الثالثة التي يتناولها قول المصنف: (وَإِلَّا)، وهي كون الإقرار والكتابة معًا فى المرض: وإن كاتبه في مرضه، وأقرَّ بقبض الكتابة في مرضه، فإن حمله الثلث عتق كان ورثته ولدًا أو كلالة، كمبتدئ عتقه، وإن لم يحمله خُيِّرَ ورثته، فإما أمضوا كتابته وإلا أعتق محمل الثلث منه.

وقال غيره: يوقف بنجومه؛ لأنَّ الكتابة عتاقة من الثلث، وليست من ناحية البيع؛ لأنَّ ما يؤدي المكاتب إنما هو جنس من الغلة.اهـ[6].

وقال ابن يونس في قوله: كمبتدئ عتقه، فإن كان مال[7] السيد مأمونًا عجل عتقه، وإلا فبعد الموت[8].

---

(1) عبارة (اختلف وكذا... من قول ابن القاسم) ساقطة من (ز).

(2) في (ع2) و(ب): (ومحاباة)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 299/2.

(4) عبارة (فيهما وقول... ناحية العتق) ساقطة من (ز).

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 101/6 و102.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 299/2 و300.

(7) كلمة (مال) ساقطة من (ب).

(8) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 122/6.

قلتُ: وهو -أيضًا- على الخلاف في التعجيل في المال المأمون.

قال بعضهم: وإذا أبى الورثة إمضاء الكتابة وعتق منه[1] محمل الثلث؛ رُدَّ إليه ما قبض منه السيد ويكون موقوفًا بيده على قاعدة المعتق بعضه[2].

قلتُ: ولعله يريد ما قبض ببينة، فتأمله.

وَمُكَاتَبَةُ جَماعَةٍ لِمَالِكٍ، فَتُوَزَّعُ عَلَى قُوَّتِهِمْ عَلَى الأَداءِ يَوْمَ العَقْدِ، وَهُمْ وإِنْ زَمِنَ أَحَدُهُمْ حُمَلاءُ مُطْلَقًا؛ فَيُؤْخَذُ مِنَ المَلِيءِ الجَمِيعُ وَيَرْجِعُ إِنْ لَمْ يَعْتِقْ عَلَى الدّافِعِ وَلَمْ يَكُنْ زَوْجًا، وَلا يَسْقُطُ عَنْهُمْ شَيْءٌ بِمَوْتِ وَاحِدٍ، وَلِلسَّيِّدِ عِتْقُ قَوِيٍّ مِنْهُمْ إِنْ رَضِيَ الجَمِيعُ وَقَوَوْا، فَإِنْ رُدَّ ثُمَّ عَجَزُوا صَحَّ عِتْقُهُ

يعني: وجاز -أيضًا- مكاتبة جماعة من العبيد إذا كانوا لمالكٍ واحد، وأما عبد لك وعبد لغيرك فلا يجوز جمعهما في كتابة واحدة /. [ز:744ب]

وقوله:(**فَتُوَزَّعُ**...) إلى[3] (**العَقْدِ**)؛ أي: إذا كاتب المالك الواحد عبيدًا له في عقدٍ واحدٍ، فإنَّ الكتابة توزع بينهم[4] على قدر قوتهم على أدائها، فعلى القوي بقدرِ قوته، وعلى الضعيف بقدرِ ضعفه، ولا يكونون متساويين فيما يعطون منها، ثم هذا التفاوت[5] الذي[6] يعتبر التوزيع به إنما ينظر إليه يوم عقد الكتابة، فلو[7] ضعف القوي، وقوي الضعيف بعد ذلك لم يتبدَّل التوزيع؛ بل لا يزال التوزيع الذي وزع عليهم يوم العقد، ولو تبدَّلت أحوالهم، فقوله: (**عَلَى الأَدَاءِ**) يتعلق بـ(**قُوَّتِهِمْ**)، و(**يَوْمَ العَقْدِ**) معمول له -أيضًا- أو لـ(**تُوَزَّعُ**)[8].

---

(1) كلمة (منه) ساقطة من (ب).

(2) قوله: (قال بعضهم: وإذا أبى...قاعدة المعتق بعضه) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): **208/17**.

(3) في (ب): (على).

(4) في (ز): (عليهم).

(5) ما يقابل كلمة (التفاوت) بياض في (ز).

(6) كلمتا (التفاوت الذي) يقابلهما في (ز): (في الذي) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(7) في (ز): (فهو).

(8) في (ب): (التوزع).

وقوله: (وَهُمْ...) إلى (الجَمِيعُ)؛ أي: إن جماعة العبيد المذكورين الذين كوتبوا كتابة واحدة حكمهم أنهم حملاء فيما[1] بينهم بالكتابة المذكورة؛ أي: متضامنون فيها.

ومعنى قوله:(مُطْلَقًا)؛ أي: وإن لم تشترط[2] عليهم تلك الحمالة، وليست كحمالة الديون التي لا يكون[3] على الحميل فيها[4] إلا ما[5] ينوبه منها، ولا يؤخذ فيها المليء بالمعدم إلا[6] باشتراط ذلك عليهم؛ بل حكمهم ذلك؛ اشترط عليهم أم لا، فإنَّ[7] عرضت لأحدهم زمانة بعد عقد الكتابة بحيث لا يقدر على السعي معها، فإن باقيهم ضامن لنصيبه منها، ولا يسقط عنهم حظه كما لا يسقط حظ مَنْ مات منهم.

وكذا إن كان الزمن موجودًا فيهم حين عقد الكتابة، وهذا معنى قوله: (وإِنْ زَمِنَ أَحَدُهُمْ)، والظاهر أن (زَمِنَ) ماض، و(أَحَدُهُمْ) فاعل؛ أي: عرضت له زمانة بعد عقد الكتابة، وهذا أجرى على مذهب النحويين من البصريين.

وإذا كانوا حملاء بنصيب من عرضت له الزمانة بعد الكتابة[8] فأحرى من عقدوها معه، وهو زمن، وهذا معنى ما قصد من الإغياء بـ(إِنْ)، (وَهُمْ) مبتدأ و(حُمَلاءُ) خبره، وجواب[9] (إِنْ) محذوف؛ أي: فهم حملاء، وجملة الشرط والجواب المحذوف اعتراضية بين[10] المبتدأ والخبر، ولأجل أن سنَّتهم التضامن

---

(1) في (ز): (وفيما).

(2) في (ز): (يشترط).

(3) في (ز): (تكون).

(4) في (ب): (منها).

(5) في (ب): (بما).

(6) في (ع2) و(ب): (لا) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(7) في (ز): (وإن).

(8) عبارة (وهذا أجرى... الزمانة بعد الكتابة) ساقطة من (ز).

(9) ما يقابل كلمة (وجواب) غير قطعي القراءة في (ز).

(10) في (ز): (من).

فيما بينهم يؤخذ المليء منهم بما على المعدم، فإن لم يكن منهم مليء إلا واحد، فإنه يؤخذ بجميع الكتابة، وهذا معنى قوله: (فَيُؤْخَذُ مِنَ المَلِيءِ الجَمِيعُ)، وأتى بالفاء في قوله: (فَيُؤْخَذُ) تنبيهًا على أن سببَ أخذ المليء[1] بالجميع هي الحمالة المذكورة.

وقوله:(ويَرْجِعُ...) إلى (زَوْجًا): أي ويرجع المليء الذي دفع جميع الكتابة، أو شيئًا منها عن[2] غيره إذا عتقوا على المدفوع عنه بما[3] أدَّى عنه؛ إلا إذا كان المدفوع عنه ممَّن يعتق على الدافع لو[4] ملكه؛ كأبيه أو ابنه أو أخيه، فإنَّه[5] لا يرجع عليهم بعد العتق بشيء ممَّا أدَّى عنهم من الكتابة؛ لأنَّه لما افتكَّه من الرقِّ كأنه اشتراه، وهو لو اشتراه لعتق عليه؛ بخلاف من لا يعتق عليه، فإنه أدَّى عنه دينًا.

ولو عتق به فإنَّه يرجع به عليه، كما لو استدان المكاتب ما يؤديه من النجوم التي يعتق بها، فإن ذلك الدين يلزمه، وليس لأحد أن يسقط ذلك الدين عنه، فإنه أحرز نفسه وماله، ففاعل (يَرْجِعُ) ضمير المليء المأخوذ منه جميع الكتابة.

يريد: وكذلك يرجع مَنْ دفع عن غيره شيئًا منها، وإن لم يكن جميعها دفع بحكم الحمالة أو غيره؛ لكن بنية الرجوع، والمرجوع عليه هو المدفوع[6] عنه، وحذفه[7] للعلم به.

و(عَلَى الدَّافِعِ) يتعلق بـ(يَعْتَقْ) لا بـ(يَرْجِعُ)؛ لأنَّ فاعل (يَرْجِعُ) ضمير الدافع، فلا يكون هو المرجوع عليه، وهو ظاهر[8].

فقوله: (إِنْ لَمْ يَعْتَقْ عَلَى الدَّافِعِ) شرط في رجوع الدافع على من دفع عنه[9]،

---

(1) في (ب): (الولي).

(2) في (ب) و(ع2): (على) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) في (ز): (ما).

(4) في (ز): (أو).

(5) كلمة (فإنه) ساقطة من (ز).

(6) في (ب): (المرفوع).

(7) في (ب): (وحذف).

(8) كلمتا (وهو ظاهر) زيادة انفردت بها (ب).

(9) كلمة (عنه) ساقطة من (ز).

ووجه عدم الرجوع على من يعتق عليه ما قدَّمناه.

وقوله:(ولَمْ يَكُنْ زَوْجًا) شرط آخر في الرجوع؛ لأنَّه معطوف على (لَمْ يَعْتَقْ).

والمعنى: إِنَّ من شرط رجوع الدَّافع على المدفوع عنه أن لا يكون المدفوع عنه زوجًا للدافعة، أو زوجة للدَّافع، فكل من فاعل (يَعْتَقْ)، واسم (يَكُنْ) ضمير عائد على المدفوع[1] عنه المحذوف؛ للعلم به.

ويعني المصنف بقوله: (زَوْجًا) أحد الزوجين، لا خصوصية الرجل.

وعلة عدم التراجع بين الزوجين أنهم رأوا أن[2] دفع أحدهما عن الآخر حالة كون الدافع مليًّا، والمدفوع عنه فقيرًا من باب هبة الثواب، ولو وهب المليء منهما للفقير[3]، ثم ادَّعى أنه قصد الثواب لم يقض له به، وتُحْمَل الهبة[4] بينهما على الحالة المذكورة / على غير الثواب. [ز:745/أ]

وهذا الذي ذكر من أنه لا يكون تراجعًا[5] بين الزوجين، كما لا يكون بين الأقارب الذين يعتق بعضهم على بعض بالقرابة هو مذهب "المدونة".

وقد اضطرب المذهب[6] في تعداد مَنْ لا يرجع عليه.

قال بعض الشيوخ: وقد دار الفقه في هذا الفرع بين أصلين:

العتق على القريب، وهبة الثواب، فيرد إلى أيِّ الأصلين هو أقوى به[7] شبهًا[8].

وقوله: (ولَا يَسْقُطُ...) إلى (واحِد)؛ أي: وإذا مات واحد من هؤلاء المكاتبين؛ لم يسقط من الكتابة منابه منها؛ بل لا يزال جميعها على مَنْ بقي منهم.

---

(1) في (ز): (المرفوع).

(2) في (ز): (إلى).

(3) في (ز): (الفقير).

(4) كلمتا (وتحمل الهبة) يقابلهما في (ب): (ويحتمل) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) في (ز): (تراجع).

(6) كلمة (المذهب) زيادة انفردت بها (ز).

(7) كلمة (به) ساقطة من (ع2) وعبارة (هو أقوى به) يقابلها في (ز): (هو به).

(8) قوله: (قال بعض الشيوخ... أقوى به شبهًا) بنصِّه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 228/17.

وقوله: (وَلِلسَّيِّدِ...) إلى (قَوَوْا)؛ أي: أن لسيد المكاتبين المذكورين أن يعتق واحد منهم؛ قويًّا كان على السعاية أو زمنًا؛ إلا[1] أنه إن أعتق القوي؛ فلا يمضي عتقه إلا بشرطين:

- رضا جميع مَنْ بقي من غير المعتق بعتق المعتق.
- وقوتهم على السعي.

وإلى الأول أشار بقوله: (إِنْ رَضِيَ الجَمِيعُ)؛ أي: إن رضي بعتق المعتق جميع من بقي بعده، فلو لم[2] يرض منهم واحد[3] رُدَّ عتقه، وإن كان فيمن بقي قوة على السعي.

وإلى الثاني أشار بقوله:(وقَوَوْا)، والضمير[4] عائد على الجميع -أي: جميع الباقين- أي: وكان فيمن بقي منهم -لم يعتق- قوة على السعي في أداء الكتابة.

وظاهرٌ اشتراط قوة جميع مَنْ بقي، ولا يكفي قوة بعضهم، فلو كان واحد ممَّن بَقِيَ زمنًا لردَّ عتقه، وإن رضي جميعهم، فمَعْمول[5] (رَضِيَ) بالعتق، ومعمول (قَوَوْا) على السعي، وحذفهما للعلم بهما.

وأما إن كان الذي أعتقه السيد من جماعة المكاتبين زمنًا، فإنَّ عتقَه يمضي من غير شرط، وعلم هذا من كلام المصنف من حيث خص[6] الشرطين بإعتاق القوي.

ومفهوم الوصف يقتضي أن إعتاق الزمن يمضي من غير شرط، وهو مفهومٌ صحيح، وإن كان لم يلتزمه.

وقوله: (فَإِنْ رُدَّ...) إلى آخره؛ أي: فإن ردَّ عتق السيد القوي من مكاتبيه؛ لفوات الشرطين أو أحدهما، ثم عجز جميع المكاتبين من معتق وغيره عن أداء الكتابة، فإنَّ من عدا المعتق يرجع رقيقًا، ويمضي عتق المعتق؛ لأنَّ رد العتق فيه إنما كان لمانعٍ،

---

(1) في (ز): (ولا).

(2) كلمتا (فلو لم) يقابلهما في (ع2) و(ب): (فلم) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) كلمتا (منهم واحد) يقابلهما في (ب): (واحد منهم) بتقديم وتأخير.

(4) في (ب): (الضمير).

(5) في (ب): (فمفعول).

(6) في (ز): (حصر).

وهو تعلق حق أصحابه في أن يسعى معهم فيما تضامنوا فيه من الكتابة، فإذا بطلت الكتابة بعجزهم وعودهم أرقَّاء زال المانع، فيمضي العتق؛ كمن ردَّ غرماؤه عتقه ثم أيسر أو أجازوه، ولهذا[1] إذا أعتق الزمن فإنه يمضي، وإن لم يرضوا؛ إذ لا حق لهم عنده لعدم قدرته على السعاية؛ نعم يجب أن يقيد هذا[2] الزمن مع كونه زمنًا بأنه لا مال له؛ لأنه إن كان ذا مال فلهم حق الإعانة بماله، كما لهم حق الإعانة بسعاية القوي، فلا يمضي -أيضًا- إلا برضاهم.

لا يقال: ليس في كلام المصنف إلمام[3] بهذا؛ لأنَّا نقول: حكم الزمن إنما استفيد في كلامه من مفهوم الوصف الذي لم يلتزم اعتباره، فلا دَرك عليه إلا من حيث السكوت عن حكم الزمن.

وهذه الأحكام التي اشتملت عليها[4] مكاتبة الجماعة كلها منصوصة في "المدونة" وغيرها، ولا بد من ذكرِ نص "المدونة"، فإنه أتم فائدة، وأكثر عوْنًا على فهم كلام المصنف، وعليك بتنزيل[5] كل فرع على نظيره منها، فإنه ظاهر.

قال في "التهذيب": ولا بأس أن يكاتب الرجل عبيده في كتابة واحدة، ثم إنَّ القضاء في ذلك أنَّ كل واحد منهم ضامن عن[6] بقيتهم، وإن لم يشترط ذلك بخلاف حمالة الديون.

ولا يعتق أحدهم إلا بتمام أداء الجميع، وللسيد أخذهم بذلك، فإن لم يجد عند جميعهم، فله أخذ المليء منهم بالجميع، ولا يوضع عنهم شيء بموتِ أحدهم.

وإن أدَّى أحدهم عن بقيتهم، رجع من أدَّى على بقيتهم بحصتهم من الكتابة بعد أن تقسم الكتابة عليهم بقدر قوة كل واحد على الأداء يوم الكتابة لا على قيمة رقبته.

ولا يرجع على من يعتق عليه منهم لو ملكه بشيء، وإن أدَّى أحدهم الكتابة حالة

(1) في (ز): (وبهذا).

(2) كلمة (هذا) ساقطة من (ز).

(3) في (ز): (الملزم).

(4) كلمة (عليها) زيادة انفردت بها (ز).

(5) في (ز): (تنزيل).

(6) في (ز): (على) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

رجع على أصحابه بحصَّتهم منها على النجوم.

ثم قال بعد هذا بقليل: ومن كاتب عبدين له أجنبيين كتابة واحدة فحدثت[1] بأحدهما زمانة، فأدَّى[2] الصحيح جميع / الكتابة، فإنَّها تفض عليهما بقدرِ قوتهما على الأداء يوم عقدها، فيرجع الصحيح على الذي أزمن بما أصابه. [ز:745ب]

فإن أعتق السيد هذا الزمن قبل الأداء؛ جاز عتقه -وإن كره الصحيح- وتبقى[3] جميع الكتابة على الصحيح[4]، ولا يوضع عنه لمكان عتق الزمن شيء؛ إذ لا منفعة له فيه، فإن أدَّى وعتق؛ لم يرجع على الزمن بشيء، لأنَّه لم يعتق بأدائه.

وإن كانا قويين على السعاية لم يكن للسيد عتق أحدهما، ويرد ذلك إن فعل، فإن أدَّيا عتقا.

وإن عجزا لزم السيد عتق مَنْ كان أعتق، كمن أخدم عبده أو آجره مدة، ثم أعتقه قبل تمام المدة؛ فلم يجز ذلك المخدم ولا المؤاجر، فالعتق موقوف، فإذا تمت المدة عتق العبد بالعتق الذي كان أعتق.

وكمن رد غرماؤه عتق عبده، ثم أيسر السيد قبل بيعه، فأدَّى إلى الغرماء، فإن العبد يعتق بالعتق الذي كان أعتق.

وإنما منع السيد من عتق أحد المكاتبين، وهما قويَّان على السعاية من أجل صاحبه الذي معه في الكتابة، فإن أجاز صاحبه عتقه، وكان صاحبه يقوى على السعاية[5] -كما ذكرنا- ليس بصغير ولا زمن، جاز عتقه، ويوضع عن الباقي حصة المعتق من الكتابة، ويسعى وحده فيما بقيَ عليه، ولا يسعى معه المعتق، ولو كان على أن يسعى معه المعتق فيما بقي عليه؛ لم يجز العتق، وسعيا جميعًا في جميع

---

(1) في (ز): (فحدث).

(2) في (ز): (يؤدي) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) في (ب): (ويبقى).

(4) كلمتا (على الصحيح) ساقطتان من (ز).

(5) عبارة (من أجل صاحبه...يقوى على السعاية) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

الكتابة.

وقال ربيعة: لا يجوز للسيد أن يعتق أحدهم أو يقاطعه، وإن أذن في ذلك أصحابه، ويرد إن فعله، لأنَّ سعايته وماله عون لأصحابه في العتق.اهـ[1].

وانظر[2] تمامها بالكلام على ما إذا دبَّر السيد أحدهما.

وما ذكر في "المدونة" من فضِّ الكتابة على قدر قوتهم يوم عقد الكتابة مثله في كتاب محمد، وفيه -أيضًا- أنها تفض[3] على اعتبار[4] حالهم ذلك اليوم مع رجاء الحال التي يكونون عليها بعد ذلك من قوة وضعف[5].

وحكى ابن يونس عن عبد الملك أنها تفض على عددهم، وأنه إن استحق واحد من أربعة سقط عنهم ربع الكتابة[6].

وحكى اللخمي عنه قولًا آخر: إنها على قدر القوة على الأداء، وقيمة الرقاب، وقال هو: أرى أن تقسم على القوة، وقيم الرقاب، كما يكاتب كل بانفراده، فلو تساووا في القوة، ولأحدهم عشرة دنانير ولآخر مائة لعُلِمَ أن السيد لا يساوي بينهم؛ لأنَّه إنما يطلب الفضل، وانظر كلامه فيمن كان صغيرًا يوم عقد الكتابة[7].

وأما تضامنهم فباتفاق أهل المذهب، وقال مالك: إنها سنة الكتابة، وقال بعضهم: إن كان عن رسول الله ﷺ فلا كلام، وإلا فالنظر أنها مثل الديون، وبين العلماء خارج المذهب في ذلك اضطراب[8].

وما ذكر من عدم الرجوع على من يعتق عليه بالملك قد رأيت نصه في

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 278/2، وما بعدها.

(2) في (ز): (انظر).

(3) في (ز): (تفيض).

(4) في (ز) و(ب): (اختبار).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 79/13 و80.

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 71/6.

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3978/7 و3979.

(8) من قوله: (وأما تضامنهم فباتفاق) إلى قوله: (المذهب في ذلك اضطراب) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 225/17.

"المدونة"[1].

وأما عدم الرجوع على أحد الزوجين، فقد نصَّ في آخر كتاب المكاتب من "المدونة" على أنه لا يرجع على الزوجة[2]، وذلك قوله فيمن يرث مال المكاتب:

وأصل هذا أنه لا يرثه ممَّن معه في الكتابة إلا من لو أدَّى عنه لم يرجع عليه إلا الزوجة، فإنها لا ترثه، ولا يرجع عليها إن عتقت بأدائه، أو بعد موته[3] في ماله، ولا يرجع عليها من يرثه من وارث أو سيد.اهـ[4].

وفي النوادر -ونقله ابن يونس[5]- أن ابن حبيب ذكر عن مطرف وابن الماجشون أن زوجته لا ترثه ولا يرثها، ولا يرجع أحدهما على الآخر إذا أدَّى عنه ما يعتق به من الكتابة[6].

وعلى هذا اعتمَد المصنف في تعميم[7] الحكم في الزوجين، وأما "المدونة" فليس فيها إلا الزوجة كما ترى، ومن هنا أقاموا أنه لا يرجع عليها إذا فداها من يد العدو.

وفي رجوع أحدهما على الآخر بذلك[8] خلافٌ.

وذكر ابن يونس عن ابن المواز أن قولَ مالك اختلف[9] فيمن يرجع عليه بالكتابة، فرَوى عنه ابن القاسم: لا يتبع إخوته، ولا كل ذي رحم منه[10]، ثم قال بعد:

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 376/4.

(2) في (ز): (الزوج).

(3) في (ز): (مدة).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 304/2.

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 135/6.

(6) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 85/13.

(7) في (ز): (يعم).

(8) كلمتا (على الآخر بذلك) يقابلهما في (ع2): (بذلك على الآخر) بتقديم وتأخير.

(9) في (ع2): (اختلاف).

(10) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 135.

كل من كانت له[1] رحم يتوارثون بها، ثم قال أيضًا: أما الولد والإخوة؛ فإنه لا يرجع بعضهم على بعض، وأما الأباعد؛ فنعم.

قال ابن القاسم: والذي آخذ به: أن كل من يعتق على الحرِّ إذا ملكه بالقرابة؛ / [ز:746/أ] فذلك[2] لا يرجع عليه؛ لأنَّ ذلك ثمن رقبته، ويرجع على غيره، وقاله عبد الملك، وابن عبد الحَكم.

وقال أشهب: لا يرجع على كل ذي رحم، وإن لم يعتق عليه، ولا بينهما ميراث كالخالة والعمة[3].

وليس في كلام المصنف بيان كيفية التراجع بينهم إن أدَّى بعضهم عن بعض.

وقال ابن الحاجب: إنه على حكم التوزيع[4]، وهو ظاهر كلام ابن شاس[5].

وقال ابن عبد السلام: إن ذلك لم يقل به إلا اللَّخمي؛ لقوله: القياس أن يرجع بما أدَّى مما كانوا يؤدونه لو لم[6] يعجزوا، وهو الفض الأول.

وقد يُعتَذَر للمؤلف بأنه[7] لم يحكِ في التوزيع أولًا إلا أنه على قوتهم على الأداء، وهو الذي حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم في التراجع.اهـ[8].

ولا يخفى ما في كلامه رَحِمَهُ اللَّهُ من التدافع، فإنه قال: لم يقله إلا اللخمي، ثم ذكر حكاية ابن حبيب له عن القاسم، ثم الذي ذكر ابن الحاجب هو عين[9] مذهب "المدونة" كما رأيت من نصِّ "التهذيب".

---

(1) في (ز): (لهم).

(2) في (ز): (وذلك)، وفي (ب): (فإنه).

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 134/6 و135.

(4) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 797/2.

(5) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1210/3.

(6) كلمتا (لو لم) يقابلهما في (ب): (ولم)، وما اخترناه موافق لما في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام.

(7) في (ز): (لأنه).

(8) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 227/17.

(9) في (ز): (غير) ولعل الصواب ما أثبتناه.

وقال أشهب: إنه على قدر قيمتهم يوم كوتبوا، وقال أصبغ: على قدر قيمتهم يوم كوتبوا، وحالهم يوم عتقوا[1] لو كانت هي حالهم يوم كوتبوا، وقيل: على عددهم[2].

وقال بعضهم: يتحصَّل في التوزيع عليهم عند الأداء ثلاثة أقوال، وعند الرجوع خمسة، فعند الأداء قال ابن القاسم: على قدر قوتهم يوم الكتابة.

وقال أشهب: على قدرِ قيمتهم.

وقال عبد الملك: على عددهم.

وعند التراجع الثلاثة المذكورة، والرابع لمطرف، وأحد قولي ابن الماجشون: إنه على قدر قيمتهم يوم عتقوا لا يوم كوتبوا.

والخامس لأصبغ: على قدرِ قيمتهم يوم كوتبوا وحالهم يوم عتقوا أن لو كانت هي حالهم يوم كوتبوا[3].

وما ذكر من[4] أن من[5] مات لا يسقط حظه، قال اللخمي: القياس أن يحط ما ينوبه؛ لأنَّ كلًّا منهم اشترى نفسه بما ينوبه مِنْ تلك الكتابة، فمَنْ مات، مات في الرق، وسقطت الحمالة عنه.

وإن استحق أحدهم بحرية، أو[6] ملك سقط ما ينوبه؛ لأنَّه تبين أنَّ السيد عقدها على من لم يملك فلا تلزم الحمالة بملك غيره، وإن غاب أحدهم أو عجز؛ لم يسقط منابه[7].

---

(1) عبارة (على قدر قيمتهم يوم كوتبوا وحالهم يوم عتقوا) يقابلها في (ب): (أو حالهم يوم عوتقوا) وما اخترناه موافق لما في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام.

(2) من قوله: (وقال أشهب: إنه) إلى قوله: (وقيل: على عددهم) بنصِّه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 227/17.

(3) من قوله: (وقال بعضهم: يتحصل) إلى قوله: (حالهم يوم كوتبوا) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 72/6.

(4) كلمة (من) زيادة انفردت بها (ز).

(5) كلمة (من) ساقط من (ب).

(6) في (ب): (لو).

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3978/7 و3979.

وقول ربيعة: لا يجوز للسيد... إلى آخره، قال ابن يونس: قال سحنون: هذا أعدل، ثم قال ابن يونس: ينبغي أن ينظر في الأنفع لهم من إجازة لضعف المعتق أو رد لقوته فيُفْعل.

ابن المواز: إن أشرفوا على العجز لولا[1] هذا الذي أعتقه السيد؛ لقوته، أو لكثرة ماله، وقد تقارب عتقهم؛ لم يجز في مثل هذا إذنهم في العتق.اهـ[2].

وتلخص من قول ابن القاسم، وقول ربيعة، واختيار ابن يونس، وتفصيل ابن المواز أربعةُ مذاهب، وإنما منع ربيعة رضاهم؛ لحق الله تعالى في العتق[3].

ومثل هذا الخلاف إجازة ابن القاسم في كتاب الحمالة حمالة المكاتب، ومنع الغير؛ لأنها داعية إلى رقه، وظاهر ما ذكر -من أن عتق القوي جائزٌ برضا الباقين- أن ذلك سواء كان المعتق مثل الباقين في القوة أو أقوى أو أدنى كما هو ظاهر "المدونة".

وقيل: إنما يجوز عتق الأدنى خاصة، وحمل عليه مذهب سحنون.

وإنما لم يمض العتق إن رضي الباقون، ولم يكن فيهم قوة على السعي؛ لحقِّ الله في العتق الذي جرى بسببه، فلو عتق القوي برضا الباقين وهم[4] زمناء أو خشي عليهم العجز، فأجرى بعضهم جواز إمضائه على الخلاف في جواز تعجيز المكاتب نفسه، وله مال ظاهر.

تنبيه: بقي على المصنف التنبيه على أربعة أحكام مهمة من أحكام هذه المسألة، ثلاثة مذكورة فيما جلبت من نصِّ "المدونة"، والرابع مذكور فيها في غير هذا.

المحل الأول: التنبيه على أنه لا يعتق من هؤلاء المكاتبين أحد[5] إلا بأداء

---

(1) كلمة (لولا) يقابلها في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (أو لا) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 75 و76.

(3) كلمتا (في العتق) ساقطتان من (ب).

(4) في (ع2): (وهو).

(5) كلمة (أحد) ساقطة من (ب).

الجميع، ولا يعتق منهم من دفع ما عليه حتى يدفع صاحبه، أو يدفع هو عنه فيعتقان جميعًا، وغاية ما دلَّ عليه كلام المصنف أن المليء يؤخذ بالجميع، وهل قبل عتقهم؟ أو بعده ويطالب بذلك في ذمَّته؟ مسكوت عنه.

الثاني: إنه لم ينبه على أن القوي إذا عتق -حيث يجوز عتقه- أن منابه يسقط عن الباقين /، ولا بد من التنبيه على ذلك؛ لاحتمال أن يقال: إنه كالموت أو كالزمن إذا عتق[1]. [ز:746ب]

الثالث: لم ينبه على أن الزمن يجوز عتقه، وإن لم يرض الباقون، ولا على أنه إذا عتق لم يسقط منابه عمن بقي، وهذا في الحقيقة حكم خامس في المسألة.

الرابع: لم ينبه على حكم الجماعة لمالكين متعددين، هل يجوز ذلك منهم كما يجوز في المملوكين لمالك واحد؟ أو يمتنع؟.

وهذا مما نصَّ عليه في "المدونة" في غير هذا الموضع، فقال: وإذا كان لك عبد ولرجل آخر عبد لم يجز لكما جمعهما[2] في كتابةٍ واحدة؛ لأنَّ كلَّ[3] واحد منهما حميل بما على صاحبه لغرر الكتابة؛ إذ لو هلك أحدهما أخذ سيد الهالك مال الآخر باطلًا، وهذا يشبه الرقبى، ولا تجوز حمالة أجنبي بالكتابة؛ إذ ليست بدين ثابت، وإن مات العبد أو عجز لم ينتفع الحميل بما أدَّى.

قال غيره: إجازة الضمان فيها إصراف لها إلى الذمة، وهذا لا يجوز. اهـ[4].

وقول الغير وفاق.

لا يقال: إن الثالث والرابع مفهومان من كلامه كما قرَّرتم في الشرح؛ لأنَّا نقول: إنه لا يلتزم من المفاهيم، إلا مفهوم الشرط، وهما في كلامه من مفهومِ الصفة، فلو قصدهما لأتى بالشرط.

---

(1) في (ز): (أعتق).

(2) في (ز): (جمعها).

(3) في (ز): (لكل).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 281.

والخِيارُ فِيها

يعني: وجاز الخيار في الكتابة بأن تعقد على أنَّ الخيار للسيد أو للعبد؛ إلا أنه ليس في كلامه بيان ما تنتهي إليه مدة الخيار في الكتابة، وهل حده فيها كالبيع؟ أم لا؟

قال في "المدونة الكبرى": قلتُ: أرأيت الرجل يكاتب عبده على أن السيد بالخيار يومًا أو شهرًا أو على[1] أن العبد بالخيار يومًا أو شهرًا.

قال: ما سمعتُ من مالك فيه شيئًا، وأرى الخيار في الكتابة جائزًا.اهـ[2].

واختصره[3] ابن يونس، قال ابن القاسم: ومَنْ كاتب عبده على أنَّ السيد أو العبد بالخيار يومًا، أو شهرًا؛ فلا بأس به، والخيار في الكتابة جائزٌ، كالبيع[4].

ويعني بقوله: (كالبيع) في مطلق جواز الخيار، لا في أمده؛ لأنَّه مَنَعَ في البيع المدة البعيدة، وأجازها في الكتابة، والفرق ما ذكره[5] في كتاب بيع الخيار[6] من أن المبتاع قد يزيد في ثمن السلعة؛ لتكون في ضمان البائع إلى بعيد الأجل.

قال عياض: وهنا العبد في ضمان مالكه على كلِّ حال.

وحكى فضل عن أشهب: إن طال زمان الخيار جدًّا فسخت الكتابة؛ إلا[7] أن يترك الخيار مشترطه، وظاهرهُ خلاف قول ابن القاسم، لكن حكى سحنون عن أَشْهَب مثل قول ابن القاسم، فانظر؛ هل يوافق قول ابن القاسم في الشهر ونحوه، ويخالفه فيما زاد؟ وهو دليلُ قوله: إن طالَ جدًّا، وهو المفهوم من غرض ابن[8] أبي

---

(1) كلمتا (أو على) يقابلهما في (ز): (وعلى).

(2) المدونة (السعادة/صادر): 269/3.

(3) في (ز): (واختصر).

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 109/6.

(5) في (ب): (ذكر).

(6) عبارة (لا في أمده...كتاب بيع الخيار) ساقطة من (ز).

(7) كلمتا (الكتابة إلا) يقابلهما في (ب): (الكتابة به إلا)، وما أثبتناه موافق لما في تنبيهات عياض.

(8) كلمة (ابن) ساقطة من (ب).

زمنين.اهـ[1].

وفي "التهذيب": ومَنْ كاتب أمته على أن أحدهما بالخيار يومًا أو شهرًا؛ جاز، وما ولدت في الخيار دخل في كتابتها إن أمضاها من له الخيار، وإن كرهت، كما يدخل في البيع ما ولدت المبيعة في الخيار، وولد المكاتبة في أيام الخيار أبين في دخوله معها.

وقال غيره: لا يدخل الولد في الكتابة؛ إذ لم تتم الكتابة إلا بعد الولادة، وكذلك الولد في البيع للبائع، ولا ينبغي للمبتاع أن يختارَ الشراء للتفرقة.اهـ[2].

وجَعَل ابن القاسم الخيار منعقدًا بأوله، فلذلك قال: يدخل ولد المكاتبة معها في الكتابة، وجعله الغير -وهو أشهب- منعقدًا بالإمضاء، فلذلك لم يدخله؛ إلا أن ابن القاسم قال: ما وهب للأمة في أيام الخيار أو تصدق به عليها أو جنى عليها، فأخذت أرشًا للبائع بخلاف الولد.

قال ابن يونس: وهو رجوع إلى أصل أشهب، وأراه إنما فرَّق بينهما لما ترجَّح وقت انعقاد البيع، وكان مال العبد في البيع للبائع؛ جعل ما طرأ له من مال في أيام الخيار لمن له المال، والولد لم يكن للأم، وقول أشهب أبين وأقيس.انتهى بالمعنى[3].

ومعنى قوله: (ترجَّح)؛ أي: لما[4] آل إليه الأمر من[5] انعقاد البيع، والله أعلم.

وأيضًا ما وهب لها في أيام الخيار كالغلة، فهي[6] للبائع؛ لأنَّ الضمان منه.

وانظر قول ابن القاسم في كتاب الشفعة: من ابتاع شقصًا بخيار، وله شفيع، وباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار؛ فإنَّ الشفعة لمبتاعه، وإن رد؛ فلبائعه[7].

---

(1) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1294/3 و1295.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 294/2.

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 109 و110.

(4) في (ز): (بما).

(5) في (ع2): (عن).

(6) في (ع2): (وهي).

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 123/4.

وما يحكى عن أشهب / أنه لمبتاع البتل[1]، وكذا قول ابن القاسم في العبد[2] [ز:747/أ] يتزوج بغير إذن السيد، ثم يعلم[3] السيد، فيجيز: إنه لا يكون محصنًا إلا بوطءٍ بعد إجازته[4].

وقول أشهب: إنَّ وطأه[5] قبل الإجازة يحصن ويحل[6]، فجعله[7] ابن القاسم في المسألتين لا ينعقد[8] إلا بالإمضاء، وجعله أشهب منعقدًا[9] بأوله فيهما، هل ناقض كل منهما أصله أم لا؟

وإنما كان ولد المكاتبة أبين في دخوله معها للتشوف[10] للعتق.

وَمُكَاتَبَةُ شَرِيكَيْنِ بِمَالٍ وَاحِدٍ؛ لا أَحَدِهِما أَوْ بِمَالَيْنِ أَوْ بِمُتَّحِدٍ بِعَقْدَيْنِ؛ فَيُفْسَخُ

يعني: وجاز أن يكاتب الشريكان معًا في عقد[11] ذلك العبد بمالٍ واحد في صفقة واحدة.

وقوله: (**لا أَحَدِهِما**)؛ أي: ولا يجوز أن يكاتبه أحد الشريكين دون صاحبه[12].

وقوله: (**أو مالَيْن**)؛ أي: ولا يجوز -أيضًا- أن يكاتبه الشريكان معًا بمالين مختلفين، ولو في وقتٍ واحد بأن يكاتب أحدهما نصيبه بعشرة مثلًا، والآخر نصيبه

---

(1) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **179/11** منسوبًا إليه.

(2) كلمتا (في العبد) زيادة انفردت بها (ز).

(3) كلمتا (ثم يعلم) يقابلهما في (ز): (فعلم).

(4) المدونة (السعادة/صادر): **291/2**.

(5) في (ز): (وطئ).

(6) قول أشهب بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **407/4** منسوبًا إليه.

(7) في (ع2) و(ب): (فيجعله).

(8) في (ب): (ينحل).

(9) في (ز): (ينعقد).

(10) في (ع2) و(ب): (للتشويف) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(11) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (عبد)، وما أثبتناه موافق لما في تحبير المختصر.

(12) من قوله: (وجاز أن يكاتب) إلى قوله: (الشريكين دون صاحبه) بنحوه في تحبير المختصر، لبهرام (بتحقيقنا): **481/5**.

بعشرين، وسواء اختلف المالان في القدر والصفة أو في أحدهما خاصة.

وقوله: (أَوْ بِمُتَّحِدٍ)؛ أي: ولا يجوز -أيضًا- أن يكاتبه الشريكان معًا بمالٍ متحد؛ أي: بمالين متماثلين، وهذا معنى كون المال متحدًا، ولو قال: (بمتماثلين) لكان أولى.

وعبارة "المدونة": على مال متفق[1]، وعبارة ابن الحاجب: بِمَالٍ وَاحِدٍ[2].

وقوله: (بِعَقْدَيْنِ)؛ أي: في[3] وقتين، والباء بمعنى (في)، ومثاله: أن يكاتب أحدهما نصيبه اليوم بعشرة، ثم يكاتب الآخر نصيبه بعد ذلك الوقت في يومه أو في غده بعشرة، ويتفقا في عدد[4] النجوم، وفي وقت أدائها، فإِنَّ مجموع العشرين مال واحد، وإنما جعلوا هذا مالًا واحدًا دون المختلفين؛ لأَنَّه إذا كان ما يعطيه المكاتب من المجموع، أو من[5] النجوم لأحدهما مثل ما يعطي للآخر، فكأنه مال واحد بخلاف المختلفين؛ لتفاوت ما يأخذانه.

والحاصل أن مكاتبة أحد الشريكين في عبد نصيبه منه دون صاحبه ممتنعة، وسواء أذن له في ذلك شريكه[6] أم لا، وكان حق المصنف أن ينبه على هذا؛ لكنه اكتفى بإطلاق المنع في مكاتبة أحدهما بقوله: (لا أَحَدِهِمَا).

ومكاتبة الشريكين معًا جائزة بشرطين؛ أن يكاتباه بمال واحد في وقتٍ واحدٍ.

وفي كلام المصنف محذوف تقديره -بعد قوله: (واحِدٍ)- (بعقدٍ واحدٍ) يدل عليه قوله: (لا بِمُتَّحِدٍ بِعَقْدَيْنِ)؛ لأَنَّ هذا كلام[7] على انتفاء الشرط الثاني.

وقوله: (لا بِمالَيْنِ) كلام على انتفاء الأول، ولو قال: (بمتحد مالًا وعقدًا أو بمالٍ وعقد اتحدا) لكان أولى.

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 289/2.

(2) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 796/2.

(3) كلمة (في) ساقطة من (ع2).

(4) في (ب): (عد).

(5) كلمتا (أو من) يقابلهما في (ع2) و(ب): (ومن)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(6) عبارة (في ذلك شريكه) يقابلها في (ع2): (شريكه في ذلك) بتقديم وتأخير.

(7) في (ز): (الكلام).

ونص هذه المسائل من "التهذيب": ولا يجوز أن يكاتب رجل شقصًا له في عبد بإذن شريكه أو بغير إذنه للذريعة إلى عتق النصيب بغير تقويم، ويفسخ ذلك إن فعل، ويرد ما أخذ، فيكون بينه وبين شريكه مع رقبة العبد، سواء قبض الكتابة كلها أو بعضها.

قال غيره: إنما يكون ذلك بينهما إذا اجتمعا على قسمته[1].

ومن دعا إلى ردِّه إلى العبد فذلك له؛ إذ لا ينتزع ماله حتى يجتمعا، ولو كاتب هذا حصَّته، ثم كاتب الآخر حصته، ولم يتشاورا؛ لم يجز ذلك، إذ لم يكاتباه جميعًا كتابة واحدة.

ويفسخ[2] كاتباه على مال متفق أو مختلف؛ لأنَّ كل واحد يقتضي دون الآخر.

قال غيره: إن تساويا في الأجل والمال؛ جاز ذلك.اهـ[3].

قيل[4]: ومعنى قوله: (للذريعة إلى عتق النصيب بغير تقويم) أن الشريك لو جازت كتابته لشقصه خاصة؛ للزم أنه إذا أدَّى[5] المكاتب، وعتق بالأداء أن لا يقوم عليه نصيب شريكه، فيؤدي إلى عتق شقص من عبد، ولا يقوم الشقص الآخر، وهو خلاف السُّنَّة.

وإنما لا يقوم هنا؛ لأنَّ المكاتب لم ينشئ العتق، فلا يصْدُق عليه أنه أعتق، والنبي ﷺ إنما قال: «مَنْ أَعْتَقَ»، وهذا لم يعتق.اهـ[6].

قلتُ: / وآخر هذا الاستدلال هو عين الجواب لمن خالف هذا الحكم خارج المذهب، فإنه يقول: قولك: لا يقوم هنا؛ لأنَّه لم ينشئ عتقًا[7] يدل على أن السُّنَّة [ز:747ب]

---

(1) في (ب): (قسمة).

(2) في (ز): (وتفسخ).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 289/2 و290.

(4) كلمة (قيل) ساقطة من (ز).

(5) في (ع2): (أي).

(6) قوله: (قيل: ومعنى قوله: للذريعة... وهذا لم يعتق) بنحوه في اختصار المدونة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا): 120/4.

(7) في (ز): (عتقها).

التقويم على المنشئ خاصة، لا أنها التقويم على من[1] هو سبب في عتق الجزء، وإنما المكاتب[2] هنا كمن ورث جزءًا من قريب يعتق بالملك، وهذا -أيضًا- لا يكمل عليه، ودليلك إنما يتم لو كانت السُّنَّة التقويم مَهْما وجد عتق الجزء، ولهذا قال جماعة بجواز كتابة الشريك نصيبه.

وقال الشافعي: يجوز بإذن شريكه، وحكي عن مالك[3]، فالحاصل أن للعلماء[4] في جواز مكاتبة أحد الشريكين نصيبه ثلاثة أقوال.

وقوله: (ويُفْسَخُ) ظاهره، وإن كان معسرًا، وزاد في "الأم": ولأنهما يتخاطران يقتضي هذا نجومًا، وهذا خراجًا[5]، وأطال في الاحتجاج.

وقوله فيما أخذ: (يكون بينهما)؛ ظاهره، وإن لم يتراضيا، فيكون قول الغير خلافًا.

قال بعضهم: لأنَّ ابن القاسم أنزله منزلة الخراج[6]، وغيره أنزله منزلة مال العبد المشترك، ويحتمل أن يكون قول الغير تفسيرًا لقول ابن القاسم فيتفقان على أنهما لا يقتسمانه[7] إلا بتراضيهما.

وقوله: (ولم يتشاورا)؛ يريد: وكذلك إن تشاورا، فإنَّه أحرى في المنع؛ لدخولهما[8] على الفساد، ولأنَّ العلة إنما هي قوله: إذا لم يكاتباه جميعًا[9].

---

(1) في (ز): (عمن).

(2) في (ز): (المكاتبة).

(3) قوله: (وقال الشافعي... وحكي عن مالك) بنحوه في الاستذكار، لابن عبد البر: 390/7.

(4) في (ز): (العلماء).

(5) قوله: (وزاد في "الأم"... وهذا خراجًا) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 99/6، والتقييد على التهذيب، لأبي الحسن: 564/10.

(6) في (ز): (الخارج) وما أثبتناه موافق لما في تقييد أبي الحسن.

(7) في (ز): (يقسمانه).

(8) في (ز): (لدخولها).

(9) من قوله: (قال بعضهم: لأنَّ ابن القاسم) إلى قوله: (إنما هي قوله: إذا لم يكاتباه جميعًا) بنحوه في التقييد على التهذيب، لأبي الحسن: 564/10.

وعلَّة امتناع مكاتبتهما بمالين مختلفين، أو متفقين مع اختلاف وقت العقدين راجعة إلى علة امتناعها من أحدهما، وذلك أنه قد يؤدي لأحدهما دون صاحبه، فيجيء المحذور[1] السابق.

لا يقال: لا تظهر هذه العلة في اختلاف العقدين إلا إذا كان بين العقدين[2] أيام كثيرة[3]، وأما إن تعددا، وكان بينهما كاليوم، أو كانا[4] في اليوم الواحد، فالغالب أنه يكون[5] الأداء لهما في وقت واحد.

وهذا هو الذي رأى غير ابن القاسم، فأجاز مع اتفاق المالين والأجل؛ لأنَّا نقول: ابن القاسم أناط الحكم بمظنته[6]، فإنَّ اختلاف العقدين دليلٌ على أنهما قصدا أن يستبد كل واحد بنصيبه، وهذا[7] يؤدي غالبًا إلى سبقية أحدهما الآخر، فيجيء المحذور[8].

وما ذكر من[9] أنه قد يؤدي لهما دفعة واحدة نادر مع اختلاف العقدين فلا يعتبر؛ لأنَّه أشبه بالكسر الذي لا يؤثر في العلة منه بالنقض المؤثر.

قال ابن يونس: وقيل: إن كاتبه واحد بمائة إلى سنتين وآخر بمائتين[10] إلى سنة، فإن حط صاحب المائتين مائة وأخره بالباقية إلى سنة؛ جازت، وإن أبى فإن زاد المكاتب صاحب المائة مائة، وجعلهما[11] إلى سنة؛ ليتفق الأداء جاز، وإلا

(1) في (ز): (المحذوف).

(2) عبارة (إلا إذا كان بين العقدين) ساقطة من (ز).

(3) في (ع2): (كثير).

(4) كلمتا (أو كانا) يقابلهما في (ز): (وكانا) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) كلمتا (أنه يكون) يقابلهما في (ز): (أنه لا يكون) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(6) في (ز): (لمظنته).

(7) في (ب): (وهل).

(8) في (ز): (المجرور).

(9) كلمة (من) زيادة انفردت بها (ز).

(10) في (ز): (بثمانين).

(11) في (ز): (وجعلها)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

فسخت[1].

قلتُ: وهذا الفرع يدل على أن معنى قولهم: بمالٍ واحد أو متفق؛ أي: مالين متماثلين، كما قدَّمنا.

وقال اللخمي: قول الغير بمضي الكتابة وسقوط الشرط؛ ليكون الأداء واحدًا مثل قول ابن القاسم: إذا اشترط وطء مكاتبته، أو ما في بطنها أن الكتابة جائزة، ويبطل[2] الشرط[3].

قال بعضهم: يحتمل أن يفرق ابن القاسم بأن في مسألة اشتراط الوطء أو الجنين عقد واحد، فكان إسقاط الشرط فيه أخف، وهنا عقدان فلا يمكن ردهما إلى عقد واحد[4].

قلتُ: لا معنى لهذا التفريق؛ إذ الشرط إنما يسقط من عقد كل شريك، وهو عقد واحد لا عقدان، كما لو اشترط رجل وطء مكاتبته، وكاتب[5] آخر أمته بشرط الوطء -أيضًا- في وقت واحد أو وقتين، فإنَّه يسقط شرط كل منهما أن يقبض كتابته لنفسه دون صاحبه، فينبغي أن يسقط شرط كل منهما[6]، وتصح كتابته، فيتفقان[7] فيما يأخذان.

وفرق له بعضهم -أيضًا- بأن الفساد هنا في نفس العقدة[8]؛ لأنَّه مؤدي[9] إلى

---

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 98/6.

(2) في (ب): (ويتصل).

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4002/7.

(4) قوله: (قال بعضهم: يحتمل... إلى عقد واحد) بنحوه في التقييد على التهذيب، لأبي الحسن: 565/10.

(5) في (ز): (فكاتب).

(6) عبارة (أن يقبض كتابته...شرط كل منهما) ساقطة من (ز).

(7) في (ع2): (فينفقان).

(8) في (ز): (العقود).

(9) في (ز): (يؤدي).

عتق الشريك[1] من غير تقويم والفساد في شرط الوطء خارج عن عقدة الكتابة؛ لأنَّ الأمة باقية على كتابتها وحالها في الأداء بهذا الشرط وبدونه واحد.اهـ[2].

قلتُ: وهذا الفرق أظهر من الذي قبله، إلا أن قوله: الفساد في شرط الوطء خارج عن العقدة[3] ليس كذلك؛ إذ هو فساد وقع في عوض الكتابة، / وهو من نفس العقدة؛ بل لو قيل: إن موجب الفساد في هذه أشد منه في المكاتبة على مالين لما أبعد قائله. [ز:748/أ]

والذي يظهر لي في[4] الفرق هو ما أشار إليه في "المدونة" في تعليل صحة[5] الكتابة مع اشتراط الوطء، أو ما في البطن بقوله: ولا تفسخ الكتابة كما لا أفسخها من عقد الغرر بما أفسخ به البيع.اهـ[6].

فكأنه[7] يقول: هذه الكتابة وقع العوض فيها بشيء بعضه صحيحٌ، وهو المال، وبعضه فاسد؛ للغرر فيه، وهو الوطء أو الجنين؛ إذ لا يدري كم مرة يطأ، ولا ما في البطن أو كيف يخرج، والأصل أن الغرر في الكتابة لا يضر، فيلغى منها الفاسد[8]، وهو الشرط، ويبْقى الصحيح.

فإن قلتَ: من نص "الكبرى" في علة منع مكاتبة أحد الشريكين: أنه تخاطر[9] فلِمَ اعتبر هذا الغرر؟

---

(1) في (ز): (الشريكين).

(2) من قوله: (وفرق له بعضهم) إلى قوله: (الشرط وبدونه واحد) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 214/17.

(3) في (ز): (العقد).

(4) في (ز): (من).

(5) كلمتا (تعليل صحة) يقابلهما في (ز): (تعليل في صحة).

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 276/2.

(7) في (ز): (وكأنه).

(8) في (ز): (الفساد).

(9) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 261/3.

قلتُ: قد قدَّمنا أنه ليس كل غرر يجوز في الكتابة، وهذا منه، وإنما اعتبره[1] في مسألة كتابة الشريكين في وقتين أو أحدهما خاصة؛ لأنَّه معارض للسُّنَّة الثابتة عنده من عتق النصيب من غير تقويم، وفيه ما مر.

وَرِضا أَحَدِهِما بِتَقْدِيمِ الآخَرِ، ورَجَعَ لِعَجْزٍ بِحِصَّتِهِ، كأَنْ قاطَعَهُ بِإِذْنِهِ مِنْ عِشْرِينَ عَلَى عَشَرَةٍ، فَإِنْ عَجَزَ خُيِّرَ المُقاطِعُ بَيْنَ رَدِّ ما فَضَلَ بِهِ شَرِيكَهُ أَوْ إِسْلامِ[2] حِصَّتِهِ رِقًّا، وَلا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الآذِنِ وإِنْ قَبَضَ الأَكْثَرَ، فَإِنْ ماتَ أَخَذَ الآذِنُ مالَهُ بِلا نَقْصٍ إِنْ تَرَكَهُ، وَإِلَّا فَلا شَيْءَ لَهُ

يعني: وجاز رضا أحد الشريكين اللذين كاتبا عبدهما على الوجه الجائز بتقديم صاحبه -وهو الشريك- بأن يأخذ الصاحب المذكور ما حضر من نجوم الكتابة، ولا يقاسمه إياه الآن حتى يأخذ هذا الراضي بالتقويم في الأخذ مثل ما أخذ صاحبه الآن، ويستبد هو -أيضًا- به، وكأنه أسلفه نصيبه من هذا النجم، فيؤدي له الآخذ الآن مثله من النجم الآتي[3].

فقوله: (**بِتَقْدِيمِ الآخَرِ**)؛ أي: يقدمه[4] على نفسه في أخذ جميع النجم الذي حلَّ، وحذفه؛ لقرينة السياق قبله وبعده.

وقوله: (**ورَجَعَ لِعَجْزٍ**)؛ يعني: فإن عجز المكاتب عن أداء ما بقي من النجوم بعد هذا النجم الذي قدم فيه أحدهما صاحبه، فإنَّ الراضي بالتقويم يرجع على صاحبه بمثل منابه من النجم الذي قدَّمه[5] فيه، وهذا يحقق[6] كونه كالسلف.

فالضمير الفاعل بـ(**رَجَعَ**) والمخفوض بـ(**حِصَّتِهِ**) عائدان على الراضي، والمرجوع عليه آخذ النجم، وفاعل (**عَجَزَ**) ضمير المكاتب، والمعجوز عنه بقيَّة

(1) في (ز): (اعتبر).

(2) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (وَبَيْن إِسْلام).

(3) في (ع2): (التي) وفي (ز): (اللاتي) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) في (ز): (يقومه).

(5) في (ز): (قدم).

(6) في (ز): (محقق).

النجوم، وهذا كله مفهوم من كلامه.

وقوله: (كإِنْ قاطَعَهُ بِإِذْنِهِ) الكاف متعلقة بـ(جازَ)، فالتشبيه[1] راجع إلى جواز الرضا بالتقديم[2]؛ أي: يجوز الرضا[3] بتقديم أحدهما الآخر في أخذ النجم الحاضر، كما جاز أن يقاطع أحد الشريكين في المكاتب من نصيبه من الكتابة على أقل منه بإذن شريكه كما لو كاتباه معًا بأربعين، فلكل واحد عشرون، فإن قاطعه أحدهما من العشرين التي له على عشرة يأخذها ويبرئه من تمام العشرين، وأذن[4] له شريكه في ذلك؛ جاز، وإن لم يأذن له؛ لم يجز.

وهذا الحكم -أيضًا- مستفاد من مفهوم قوله: (بِإِذْنِهِ)، وهو مفهوم صحيح.

ولا يصح أن تتعلق الكاف بقوله: (رَجَعَ)؛ لأنَّ رجوع الراضي بعد عجز المكاتب[5] يفارق رجوع الآذن في القطاعة بعد العجز؛ لأنَّ المقاطع يخيَّر، والمبدأ لا يخير، ففاعل (قاطَعَ) ضمير (أَحَدِهِما)، ومفعوله ضمير المكاتب والمخفوض بـ(إِذْن) عائد على الآخر.

تنبيه: قال في التنبيهات: القَطاعة: -بفتح القاف وكسرها- مقاطعة السيد عبده المكاتب على مال يتعجله من ذلك، وأخذ العوض منه معجلًا أو مؤجلًا، وكأنها من قطع طلبه عنه بما أعطاه، أو القطع له بتمام حريته بذلك، أو قطع بعض ما كان له عنده من جملته.

وهو جائز عند مالك، وابن القاسم بما جاز وما لا يجوز بين رب المال وغريمه؛ عجل العتق بذلك لقبض[6] جميعه أو أخَّره لتأخير بعضه، عجل قبض ما قاطع به أو

---

(1) في (ب): (فالتنبيه).

(2) في (ز): (بالتقويم).

(3) عبارة (بالتقديم أي يجوز الرضا) ساقطة من (ب).

(4) في (ب): (فأذن).

(5) في (ز): (الكتابة).

(6) في (ز): (بقبض).

أخره[1]، وسحنون لا يجيزها[2] / إلا بما يجوز بين الأجنبي وغريمه[3]. [ز:748ب]

وقوله: (فَإِنْ عَجَزَ...) إلى قوله: (رِقًّا)؛ يعني: فإن عجز المكاتب بعد مقاطعة أحد الشريكين بإذن شريكه، وأخذ ما قاطعه[4] به خير الشريك المقاطع بين أن يرد إلى شريكه الذي لم يقاطع ما فضله به حتى يكونا سواء فيما أخذا من المكاتب، ويبقى رقيقًا لهما، أو يتماسك بما فضل به شريكه، ويسلم له حصته من العبد رقًّا، فيكون جميع العبد رقيقًا للذي لم يقاطع.

وقوله: (ولا...) إلى (الأَكْثَر)؛ أي: هذا الذي ذكرنا من تخيير المقاطع بعد عجز المكاتب إنما هو إذا أخذ من قطاعته أكثر مما أخذ المتمسك من النجوم.

وأما إن كان المتمسك بنصيبه من الكتابة -وهو الشريك الذي لم يقاطع- أخذ من العبد مثل ما أخذ المقاطع أو أكثر ثم عجز المكاتب، فإن لكل أحد ما أخذ، ولا رجوع للمقاطع على المتمسك الآذن له في القطاعة بما فضله به، وإن كان قبض أكثر النجوم؛ لأنَّ المقاطع رضي[5] بما أخذ في نصيبه.

فقوله: (الأَكْثَر) يحتمل أن يريد أكثر النجوم، ويحتمل أن يريد[6] الأكثر مما قبض المقاطع، والأول أظهر، وبه صرَّح ابن الحاجب، فإنه قال: وَلَوْ كَانَ قَبَضَ تِسْعَةَ عَشَرَ[7]؛ يعني: من العشرين التي هي نصيبه.

والاحتمال الثاني أجرى مع كلام[8] ابن المواز، لكن يبعده إدخال الألف واللام على أكثر، ولو حذفهما لكان أجرى مع كلامه كما ترى.

---

(1) في (ز): (أخر).

(2) في (ب): (يجوزها).

(3) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1260/3 و1261.

(4) في (ز): (قطعه).

(5) في (ز): (رضا).

(6) في (ز): (يكون).

(7) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 2/ 796.

(8) في (ع2): (الكلام).

وقول المصنف: (**بَيْنَ رَدِّ ما فَضَلَ بِهِ شَرِيكَهُ**) عبارته كعبارة ابن شاس[1]، وابن الحاجب[2].

وفي نقل ابن يونس نصف ما فضل به شريكه[3]، وهو الصواب؛ لأنَّ عبارة المصنف تقتضي أن المقاطع يرد جميع ما بيده[4]؛ لأنَّه الذي فضل به شريكه إن لم يكن الشريك أخذ شيئًا.

وتقتضي[5] -أيضًا- إن كان أخذ المقاطع عشرة، والذي لم يقاطع خمسة، ثم عجز العبد؛ أن يرد المقاطع خمسة؛ لأنها التي بها فضل[6] شريكه إن كان العبد بينهما نصفين، وليس كذلك؛ لأنَّ المطلوب إنما هو تساويهما فيما أخذا من العبد، فيرد له خمسة في الصورة الأولى، ودينارين ونصفًا في الثانية، إلا أن يقال: إنه إن قبض عشرة فخمسة[7] منها حظه، والأخرى هي التي فضل بها شريكه، وفيه تكلف، والاتباع أسلم من الابتداع على أن في نقل النوادر مثل عبارتهم[8]، وعبارة "المدونة" -أيضًا- بينة.

وقوله: (**وإِنْ ماتَ...**) إلى آخره؛ أي: وإن مات[9] المكاتب المذكور، ولم يكن المتمسك أخذ شيئًا من كتابته أو أخذ بعضها، وبقي له شيء، فإنَّه يأخذ من مال المكاتب جميع ماله، ولا ينقص له شيء.

وليس للمقاطع أن يقول: نتساوى فيما ترك من المال؛ لموته[10] رقيقًا، فهو بيننا

---

(1) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1210/3.

(2) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 796/2.

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 63/6.

(4) ما يقابل كلمة (بيده) غير قطعي القراءة في (ز).

(5) في (ز): (ويقتضي).

(6) كلمتا (بها فضل) يقابلهما في (ب): (فضل بها) بتقديم وتأخير.

(7) في (ز): (بخمسة).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 110/13.

(9) كلمة (مات) ساقطة من (ز).

(10) في (ز): (بموته).

بَعْد؛ لأنَّه قد رضي من حقه بما قاطعه به، فإذا أخذ المتمسك جميع ماله كان الباقي من مال المكاتب بينهما، هذا إن ترك المكاتب مالًا.

وإليه أشار بقوله: (إِنْ تَرَكَه)؛ أي: إنما يأخذ المتمسك جميع ماله بلا نقص إن ترك المكاتب مالًا[1].

وأما إن لم يترك شيئًا، فلا شيء للمتمسك، ولا رجوع له على المقاطع، وإلى هذا أشار بقوله: (وإِلَّا فَلا شَيْءَ لَهُ)؛ أي: وإن لم يترك المكاتب المذكور مالًا، فلا شيء للمتمسك.

وإنما لم يرجع على المقاطع؛ لأنَّه رضي ببقاء حقه عند العبد، فكما أنه[2] يأخذ جميع حظه من الكتابة إن ترك مالًا، ولا يأخذ منه المقاطع إلا ما قاطعه به كذلك، لا يرجع على المقاطع بشيء إن لم يترك مالًا.

وفي النوادر -ونقله ابن يونس من كتاب محمد[3]-: لو مات، وقد بقي للمقاطع بعض ما قاطعه عليه، وقد قاطعه على عين[4] تحاصا فيما ترك، هذا بما بقي له مما قاطع عليه، والآخر بجميع نصيبه[5].

قلتُ: ومقتضى هذا لو لم يأخذ شيئًا حتى مات، وترك وفاء لأخذ[6] المقاطع قطاعته، والمتمسك نصيبه من الكتابة ويقتسمان ما يبقى.

وقدم في "المدونة" مسألة القطاعة على مسألة الرضا بالتقديم، وإنما عكس المصنف؛ لأنَّه في "المدونة" لم يصرح بالجواز إلا في مسألة القطاعة، وأما مسألة التقديم، فإنما تكلم عليها في كيفية / التراجع بين الشريكين بعد وقوعها، لكن رأى المصنف أن ذلك لو لم يكن جائزًا لما فرع عليه، وأنها كمسألة القطاعة، فأخبر عنها [ز:749/أ]

(1) عبارة (وإليه أشار... مالا) ساقطة من (ع2) و(ز) وقد انفردت بها (ب).

(2) كلمتا (فكما أنه) يقابلهما في (ب): (فكأنه).

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 64/6.

(4) في (ز): (غير).

(5) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 110/13.

(6) في (ز): (الأخذ).

بالجواز، وجعل مسألة القطاعة أصلًا لها[1] شبَّهها به، كما يقال: النبيذ يحرم كالخمر.

ونص مسألة القطاعة من "التهذيب": وإذا كان عبد بين رجلين كاتباه معًا، لم يجز لأحدهما أن يقاطعه على حصته إلا بإذن شريكه، فإن أذن له فقاطعه من عشرين مؤجلة في حصته على عشرة معجلة[2]، ثم عجز المكاتب قبل أن يقبض[3] هذا مثل ما أخذ المقاطع خير المقاطع بين أن يرد إلى شريكه نصف ما أخذ من العبد، ويبقى العبد بينهما، أو يسلم حصته من العبد إلى شريكه رقًّا.

ولو مات المكاتب عن[4] مال، فللآخر أن يأخذ منه جميع ما بقي له من الكتابة بغير حطيطة، حلت أو لم تحل، ثم يكون ما بقي من ماله بين الذي قاطعه وبين شريكه على قدر حصصهم في المكاتب.اهـ[5].

وتضمن هذا النص مما ذكر المصنف جوازها بالإذن وعدمه بدونه، وهو بالمفهوم كما هو عند المصنف، إلا أنه من مفهوم الصفة عند المصنف، وفيها بمفهوم الحصر، وتخيير المقاطع مع العجز في الأمرين وأخذ المتمسك ماله بلا نقص إن مات المكاتب، وترك مالًا، وما زادت من كون ما بقي من المال بينهما إنما لم يذكره المصنف؛ لأنَّه معلوم من القواعد؛ لأنَّ العبد لما مات قبل الأداء فهو رقيق لهما، فكما أنه في الحياة مع العجز يكون رقيقًا لهما[6] كذلك ما فضل من[7] ماله يكون بينهما.

فإن قلتَ: أخذ المتمسك جميع حظه من الكتابة مع الموت، وعدم رجوعه على المقاطع وكون ما بقي من المال بينهما الجاري على طرده أن يأخذ المتمسك العبد

(1) كلمة (لها) زيادة انفردت بها (ب).

(2) في (ز): (مؤجلة).

(3) في (ع2) و(ب): (يأخذ) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) في (ب) و(ز): (على) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 277.

(6) في (ب): (بينهما).

(7) في (ز): (في).

مع العجز في الحياة حتى يستوفي[1] من خراجه جميع حظه من الكتابة، ثم يرجع رقيقًا بينهما.

قلتُ: الفرق أن[2] في الحياة تحقق[3] عوده رقيقًا بالعجز، فبطلت الكتابة، وتبين أن ما أخذه المقاطع قبل العجز خراج[4]، فيرجع عليه المتمسك بما ينوبه منه.

وما ذكر من أخذ العبد حتى يستوفي من خراجه نصيبه مناف لفرضِ عجز العبد؛ إذ لو تصور ذلك لما تصوَّر العجز، ولكانت الكتابة باقية، وفي الموت لم يتحقق العجز، فهو باق على حكم الكتابة ترك مالًا أم لا، فلذلك إن ترك مالًا أخذ الآذن جميع نصيبه بلا حطيطة، وإن لم يترك شيئًا لم يرجع على المقاطع بما أخذ؛ لاحتمال أنه لو عاش لأدَّى نصيبه.

فإن قلتَ: لِمَ كان ما أخذه[5] المقاطع قبل العجز خراجًا يرجع عليه فيه، ولم يكن ما أخذه المتمسك قبله خراجًا يرجع عليه فيه؛ بل النص -كما قدمتم- إن أخذ تسعة عشر من عشرين، ثم عجز المكاتب لم يرجع عليه المقاطع بشيء.

قلتُ: لما رضي المقاطع أن يأخذ أقل من نصيبه مع قدرته على مساواة شريكه كأنه ترك لشريكه الزائد على مثل ما أخذ هو فلا يرجع فيه بعد تركه، وما ذكر من أنه لا رجوع للمقاطع على الآذن، وإن قبض الأكثر ليس في "المدونة"، ونقله ابن يونس وغيره عن كتاب محمد.

ونص ابن يونس: قال ابن المواز: إذا قاطع أحدهما بإذن شريكه، فاقتضى المتمسك أكثر مما أخذ المقاطع أو مثله، ثم عجز المكاتب لم يرجع عليه المقاطع بشيء، وبقي العبد بينهما[6].

(1) في (ب): (يستوفيه).

(2) كلمة (أن) ساقطة من (ز).

(3) في (ز): (محقق).

(4) ما يقابل كلمة (خراج) غير قطعي القراءة في (ز).

(5) في (ز): (أخذ).

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 64/6.

وقول المصنف: (وإلّا فَلا شَيْءَ لَهُ) مما لم يذكره في "المدونة"، وهو من تمام نقل ابن يونس عن ابن المواز، قال: ولو مات ولم يَدَع[1] مالًا، وترك شيئًا يسيرًا ليس فيه مثل[2] حق المتمسك ولا مثل ما أخذ المقاطع؛ لم يرجع المتمسك على المقاطع بشيء مما عنده من الفضل.اهـ[3].

ولو قال المصنف: (وإلا لم يرجع)؛ لكان أخصر وأجرى مع النص، وكان يوافق عبارة ابن شاس[4] وابن الحاجب[5].

وفي مسألة القطاعة كلام كثير[6] تركناه خشية التطويل.

ونص مسألة التقديم في النجوم من / "المدونة" مع ما فيها من زيادات حسنة مناسبة: [ز:749ب]

وإن حل نجم من نجومه، فقال أحدهما لصاحبه: بدني به، وخذ أنت النجم المستقبل ففعل، ثم عجز العبد عن النجم الثاني، فليرد المقتضي نصف ما قبض إلى شريكه؛ لأنَّ ذلك سلف منه له، ويبقى العبد بينهما، ولا خيار للمقتضي بخلاف القطاعة، وهو كدين لهما على رجل منجمًا[7]، فبدأ أحدهما صاحبه بنجم[8] على أن يأخذ هو النجم الثاني، ثم فلس الغريم في النجم الثاني، فليرجع على صاحبه؛ لأنَّه سلف منه.

وإن أخذ أحدهما من المكاتب جميع حقه بعد محله بإذن صاحبه، وأخَّره صاحبه، ثم عجز المكاتب فلا رجوع[9] للذي أخَّره على المقتضي، ويعود العبد

(1) في (ز): (يدفع).

(2) كلمة (مثل) ساقطة من (ز).

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 64.

(4) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1210/3.

(5) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 796/2.

(6) في (ز): (ليس).

(7) في (ز): (بنجم)، وفي (ع2) و(ب): (نجم) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(8) كلمة (بنجم) ساقطة من (ب).

(9) في (ز): (يرجع).

بينهما، وهذا كغريم لهما قبض أحدهما حقه منه بعد محله، وأَخَّره[1] الآخر، ثم فلس الغريم، فلا يرجع الذي أخره على المقتضي بشيء؛ لأَنَّه لم يسلف المقتضي شيئًا فيتبعه به، ولكنه تأخير لغريمه.

وإن تعجَّل أحدهما جميع حظه من النجوم قبل محلها بإذن شريكه، ثم عجز المكاتب عن نصيب شريكه، فهذا يشبه القطاعة، وقيل: ليس كالقطاعة[2] ويُعَد[3] ذلك إن عجز سلفًا من المكاتب للمتعجل، والقطاعة التي أذن فيها أحد الشريكين لصاحبه كالبيع؛ لأَنَّه حظه على ما تعجل منه، ورأى أن ما قبض أفضل له من حظه في العبد إن عجز.

قال ربيعة: قطاعة الشريك بخلاف عتقه لنصيبه في العبد ولكنه كشراء العبد نفسه.اهـ[4].

قوله: (فليرد المقتضي...) إلى قوله: (سلف منه له).

قال ابن يونس: قال ابن المواز: إلا أن يعجز المكاتب أو يموت قبل محل النجم الثاني؛ فليس[5] له أخذه به حتى يحل النجم الثاني.

ولو حلَّ الثاني[6] قبل عجزه فتعذر على المكاتب، وانتظر لما يرجى كان على الشريك أن يعجل لشريكه سلفه، ويتبعان المكاتب بالنجم الثاني.

واختار ابن المواز قول غير ابن القاسم: ليس كالقطاعة[7]، ونقل عن عبد الملك قولًا آخر لم يرتضه انظر ابن يونس[8].

قال اللخمي: وقيل: هو سلف من أحد السيدين لصاحبه.

---

(1) في (ع2): (وأخر).

(2) في (ز): (كالمقاطعة).

(3) في (ز): (وبعد) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2 /277 و278.

(5) في (ز): (وليس).

(6) كلمة (الثاني) ساقطة من (ب).

(7) في (ز): (كالقاطعة).

(8) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 68/6.

وقال: قول ابن القاسم أحسن، وليس سلفًا من العبد، ولا من السيدين؛ إذ ليس قصد العبد من التعجيل أن[1] يكون ذلك سلفًا عند سيده، ولا قصد السيد أَخْذه سلفًا؛ بل قَصَدَ العبد تعجيل ما استحق سيده[2] قبله من الكتابة، وقصد السيد أنه تعجل نصيبه ونصيب صاحبه باق على المكاتب.

وإذا سقط أن يكون سلفًا من السيد أو العبد فرده إلى القطاعة أولى.اهـ[3].

وقال أبو عمران: قول ربيعة وفاق[4]، وأخذ بعضهم من مسألة التبدئة[5] بالنجم جواز تبدئة أحد الشريكين في الزرع بما صفي منه، ثم يأخذ الآخر ممَّا يصفى مثل ما أخذ الأول[6].

وجواز أن يخرج أحدهما جميع البذر في يوم والآخر جميعه في يوم آخر، وجواز أكل طعام أحد المترافقين في وقت، ثم[7] أكل طعام الآخر في غيره.

قلتُ: ووجه الأخذ أنه لمَّا لم يعد الراضي بتبدئة[8] صاحبه في النجم إن كان عينًا، فإنَّه أطلق فيه في "المدونة" بائعًا لنصيبه منه بما يأخذ من نصيب صاحبه[9]، فيؤدي إلى بيع العين بالعين متأخرًا[10] فيمنع؛ بل عد سلفًا فأجيز، كذلك يكون في المسائل المذكورة سلفًا للطعام، ولا يعد بيع الطعام بالطعام بتأخير إلا أنه ضعيفٌ في الثالثة؛ إذ ليس ما يؤكل بمعلوم القدر الذي هو من شرطِ جواز السلف بخلاف الأولين.

---

(1) كلمة (أن) ساقطة من (ز).

(2) في (ز): (لسيده).

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3977/7.

(4) قول أبي عمران بنصِّه في التقييد، لأبي الحسن: 513/10 منسوبًا إليه.

(5) في (ز): (التعدية).

(6) في (ب): (الآخر).

(7) كلمة (ثم) ساقطة من (ز).

(8) في (ز): (تبدئة).

(9) كلمتا (نصيب صاحبه) يقابلهما في (ب): (نصيبه)، وعبارة (في النجم إن كان... نصيب صاحبه) ساقطة من (ز).

(10) في (ز): (متاجرًا).

ويمكن أن يقال: إذا كان القصد في الكتابة تعجيل السيد نصيبه، وتعجيل العبد ما عليه؛ ليخف عنه الطلب، وتقرر[1] أن كل ما هو أرجى بخلاصه من الرِّق مطلوب للتشوف إلى العتق، ولذلك أجيز بينه وبين سيده من أنواع الربا -كما تقدم- ما لا يجوز بين غيرهما، فالتعامل إنما هو بين العبد وسيده لا بين الشريكين، فيضعف الأخذ جدًّا، والله أعلم.

وَعِتْقُ أَحَدِهِما وَضْعٌ لِما لَهُ، إلا إنْ قَصَدَ العِتْقَ، كَـ: «إنْ فَعَلْتَ فَنِصْفُكَ حُرٌّ» فَكَاتَبَهُ، ثُمَّ فَعَلَ وُضِعَ النِّصْفُ، وَرُقَّ كُلُّهُ إنْ عَجَزَ

يعني: أن أحد الشركاء في المكاتب إذا عتق[2] نصيبه منه، فإنَّه محمولٌ على أن قصده بذلك العتق وضع نصيبه من الكتابة عنه وإبراؤه منه، / فيبقى المكاتب على حاله من الأداء لشريكه، فإن أدَّى عتق وإلا رجع رقيقًا لهما. [ز:750/أ]

ولأجلِ أن معنى هذا العتق وضع الكتابة عاد نصيبه رقًّا له بالعجز، ولذلك -أيضًا- لم يقوم على المعتق نصيب شريكه حال العتق؛ إلا إن علم أنه قصد تبتيل العتق ناجزًا لا وضع الكتابة، إما بإقراره بهذا القصد أو بقرائن تدل عليه، فإنه يحمل على العتق لا على وضع الكتابة، ويقوم عليه نصيب شريكه بعد عجز المكاتب -كما سيأتي- وهذا معنى قوله: (**إلَّا إنْ قَصَدَ العِتْقَ**)؛ أي: فيكون عتقًا لا وضع مال.

وقوله: (**كَإِنْ...**) إلى (**النِّصْفُ**)؛ أي: ما ذكر من أن عتق أحد الشريكين نصيبه من المكاتب، وضع مال يساويه[3] في ذلك الحكم مَنْ حلف بحرية نصف عبد له قبل الكتابة ثم حنث بعدها، فإنَّ العتق اللازم له بتلك[4] اليمين في النصف المذكور يحمل على وضع نصف الكتابة، ولا يقال: إن اليمين لمَّا انعقدت قبلها؛ كان ذلك قرينة على تعجيل العتق فيكمل؛ لأنَّ المعتبر إنما هو حال الحنث.

---

(1) في (ز): (ويقدر).

(2) في (ب): (أعتق).

(3) كلمتا (مال يساويه) يقابلهما في (ب): (مال ما يساويه) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) في (ز): (بذلك).

ومثال ذلك: إذا قال لعبده: إن فعلت كذا فنصفك حر، ثم كاتبه، ثم فعل الشيء المحلوف عليه فحنث، فإنَّ اللازم له بذلك الحنث وضع نصف الكتابة حتى لو عجز لعاد رقيقًا كله كالمشترك.

فقوله: (ورُقَّ كُلُّهُ إِنْ عَجَزَ) يحتمل أن يكون مفعول (رُقَّ) المؤكد بـ(كُلّ) ضمير هذا العبد المحلوف بحرية نصفه قبل الكتابة، ويحتمل أن يكون ضمير المكاتب المشترك الذي أعتق نصفه، وكلا الاحتمالين صحيحٌ.

ومثل هذا -أيضًا- لو كان مكاتب لمالك واحد، فأعتق نصفه بعد الكتابة؛ لحمل[1] على وضع نصف الكتابة؛ إلا أن يقصد العتق، وكان حق المصنف أن يذكره، إلا أن يقال: إن حكمه يفهم من مسألة اليمين من بابٍ أحرى، وفيه نظر، ومثله -أيضًا- لو حلف أحد الشريكين بعتق نصيبه[2] من مكاتب، ثم حنث، نقله ابن يونس[3].

ولو قال: وعتق بعضه وضع مال ليشمل[4] المشترك وغيره، والعتق بيمين وبغيرها[5] كان أولى.

ونص هذه المسائل من "التهذيب" مع زيادات فيها: ومَنْ أعتق بعض مكاتبه في صحَّته في غير وصية فهو وضع مال إن كان أعتق نصفه وضع عنه نصف كل نجم، ولا يعتق عليه إن عجز؛ إلا أن يعتق ذلك الشقص في وصية، فيكون ذلك عتقًا للمكاتب إن عجز، وحمل ذلك الثلث.

وكذلك إن كان بينه وبين رجل فوضع عنه حصَّته أو أعتق حصته منه في غير وصية فإنه يوضع عنه[6] حصَّته من كل نجم، وإن عجز رق لهما.

---

(1) في (ز): (فحمل).

(2) كلمتا (بعتق نصيبه) يقابلهما في (ب): (بعتق أحد نصيبه).

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 89/6.

(4) كلمة (ليشمل) ساقطة من (ز).

(5) كلمة (وبغيرها) يقابلها في (ب): (أو غيرها).

(6) كلمة (عنه) ساقطة من (ع2).

وإن مات مكاتبًا أخذ المتمسك مما ترك ما بقي له، وكان ما ترك بينهما، ولو كان ذلك عتقًا لكان ما ترك للمتمسك بالرق خاصَّة، ولكان يقوَّم على المعتق ما بقي من الكتابة، ولكان من ترك مكاتبًا وورثه[1] بنون وبنات، فأعتق البنات حصَّتهن أن لهن ولاء نصيبهن منه، وهنَّ لا يرثن من ولاء المكاتب شيئًا.

وإن أعتق نصيبهن، وإنما يرث[2] ولاؤه ذكور ولد سيد المكاتب أو عصبته من الرجال، ولو كان لرجل مكاتب واحد فأزمن، فأعتق السيد نصفه لم يعتق عليه النصف الباقي، إلا بأداء بقيَّة الكتابة، وأما المريض يعتق شقصًا من مكاتبه، فإنَّه يوضع حصة ذلك من كتابته، فإنْ عجز عتق ذلك الشقص من ثلثه؛ لأنها وصيَّة للعبدِ مصروفة إلى الثلث.اهـ[3].

والمتلخص أن مَنْ أعتق بعض مكاتبه، فإن أراد وضع المال أو لم تكن له نية حمل على وضع المال، ولا يعتق عليه؛ لأنَّه إنما يملك منه مال[4]، وإن نوى العتق فإن كان له كمل عليه، وإن كان مشتركًا[5]، فإن عجز قوم وإلا مضى، ولا يقوم عليه نصيب شريكه؛ لأنَّ فيه نقل الولاء، وجعله هذا العتق في الوصية تنجيزًا لا وضع مال؛ لأنَّ الوصية من القرائن التي تدل على قصد العتق كما قررنا أولًا.

قال ابن يونس: لأنَّه لو جعل وضع / مال، ثم عجز فرق للورثة صاروا لم ينفذوا وصية الميت، وهو إنما أراد إبتالها، وألا يعود إليهم شيء[6] منها. [ز:750ب]

والصحيح إنما أراد التخفيف عن المكاتب، وأنَّه إن عجز كان رِقًّا على هذا يحمل أمره؛ لأنَّه إنما يملك منه اليوم مالًا، ولو قصد إلى العتق لاستتم عليه جميعه.

---

(1) في (ب): (وورثته).

(2) في (ع2) و(ب): (يرثه)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 285/2 و286.

(4) في (ز): (مالًا).

(5) في (ب): (مشركا).

(6) في (ز): (بشيء).

وفرّق ابن المواز بين الوصية والصحة بأن[1] الموصي شرك[2] بين المكاتب وبين ورثته على قدرِ ما أوصى له به في نفسه، فصار شريكًا للورثة بقدرِ ذلك، والصحيح يقول: لم أعط من الرقبة شيئًا إنما أعطيت دنانير أو دراهم.

قال ابن يونس: فرق حسن.اهـ[3].

وقوله في البنت التي[4] أعتقت نصيبها من المكاتب الذي ورثته[5]: إنه وضع مال؛ يريد: ما لم تقصد[6] العتق، فتكون[7] كالشريك المتقدم.

قال ابن يونس: قال بعض شيوخنا: ولو أعتق عضوًا[8] من مكاتبه كقوله: يدك حرة أو نحوه عتق جميعه؛ لأنَّه[9] قَصَدَ هنا العتق بخلاف الجزء كالثلث ونحوه.اهـ[10].

قلتُ: الجزء يحتمل قصد العتق بنسبته من الرقبة، فيكمل جميعه[11]، ويحتمل وضع نسبته من الكتابة؛ إذ هي على الرقبة كلها فيكون[12] وضع مال، وهذا هو المتحقق، والأول زيادة لا يصار إليها إلا مع البيان، وأما العضو فلا نسبة له من مال الكتابة؛ إذ ليست مقسطة على الأعضاء فتتعين إرادة العتق، وهذا -أيضًا- من القرائن التي قدَّمنا.

---

(1) في (ز): (لأن).

(2) في (ع2) و(ب): (شريك) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 88/6.

(4) كلمة (التي) ساقطة من (ز).

(5) في (ز): (ورثه).

(6) في (ز): (يقصد).

(7) في (ز): (فيكون).

(8) كلمتا (أعتق عضوا) يقابلهما في (ب): (عتق) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(9) كلمتا (جميعه؛ لأنَّه) يقابلهما في (ز): (جميعًا أنه) وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(10) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 89/6.

(11) كلمتا (فيكمل جميعه) ساقطتان من (ع2).

(12) في (ب): (فتكون).

[مما يجوز للمكاتب فعله بلا إذن]

ولِلْمُكاتَبِ بِلا إِذْنٍ بَيْعٌ واشْتِراءٌ، ومُشارَكَةٌ، ومُفاوَضَةٌ[1]، ومُكَاتَبَةٌ واسْتِخْلافُ عاقِدٍ لأَمَتِهِ وَإِسْلامُها أَوْ فِداؤُها إِنْ جَنَتْ بِالنَّظَرِ وَسَفَرٌ لا يَحِلُّ فِيهِ نَجْمٌ وَإِقْرارٌ فِي رَقَبَتِهِ[2] وَإِسْقاطُ شُفْعَتِهِ

جميع ما ذكره[3] من الأحكام[4] للمكاتب صحيحٌ، وأكثرها منصوصة في "المدونة" وفي غيرها.

قال ابن رشد في "المقدمات": وإذا كاتب الرجل عبده فقد أحرز ماله من سيده، فليس له أن ينتزعه منه، وهو كالمأذون له في التجارة، فيجوز بيعه وشراؤه ومقاسمة شركائه، وإقراره بالدين لمن لا يتَّهم عليه[5].

وفي "المدونة": ولا ينبغي للمكاتب أن يشتريَ ولده أو أبويه إلا بإذنِ سيده فمَنِ ابتاعه بإذن سيده ممن يعتق على الحر بالملك دخل معه في الكتابة، وجاز بيعهم وشراؤهم وقسمهم بغير إذنه، ولا يبيعهم في عجزه[6]، فإذا عجز وعجزوا رقُّوا كلهم للسيد.

وإن ابتاعهم بغير إذن السيد لم يفسخ بيعه ولا يدخلون في كتابته ولا يبيعهم[7]، إلا أن يخشى العجز، ولا بيع لهم ولا شراء ولا قسم إلا بإذنه ويعتقون بأدائه.

وكذلك أم ولده ليس لها[8] أن تنجز إلا بإذنه، ولا له[9] بيعها إلا أن يخاف

---

(1) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (ومقارَضَة)، وفي بعضها: (ومُعَاوَضَةٌ).

(2) ابن غازي: فيما رأينا من النُّسَخِ: (إِقْرَارٌ فِي رَقَبَتِهِ) -وهو عكس المقصود- والصواب (فِي ذِمَّتِهِ).اهـ.

(3) في (ز): (ذكرنا).

(4) كلمتا (من الأحكام) زيادة انفردت بها (ز).

(5) المقدمات الممهدات، لابن رشد: 3/ 183.

(6) في (ب): (عجز).

(7) كلمتا (ولا يبيعهم) يقابلهما في (ع2): (وله بيعهم) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(8) كلمة (لها) ساقطة من (ز).

(9) كلمتا (ولا له) يقابلهما في (ع2) و(ب): (وله) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

العجز، وإن ابتاع من لا يعتق على الحر بالملك من القرابة[1] بإذن السيد أو بغير إذنه لم يدخلوا في كتابته وله[2] بيعهم[3] وإن لم يعجز[4]، ولا فعل لهم إلا بإذنه. اهـ[5].

فتضمن كلام ابن رشد بصريحه جواز بيع المكاتب وشرائه ومقاسمة[6] شركائه، وكذلك نص "المدونة"؛ لأنَّه[7] جعل شراء المكاتب من يعتق عليه جائزًا بإذن[8] سيده أو بغير إذنه، وإنما يفترق الحكم أنه إن كان بإذنه فهو مكاتب مثله، وإن كان بغير إذنه فالشراء صحيح، ولكن لا يدخل في الكتابة.

وقال فيما إذا اشترى من لا يعتق عليه: إن ذلك صحيح بإذنه وبغير[9] إذنه، فتلخَّص أن شراء المكاتب لا يفتقر إلى إذن، ثم ذكر أن من دخل في الكتابة بمقتضى الشراء لهم البيع والشراء والمقاسمة بغير إذن سيدهم المكاتب الذي اشتراهم[10]؛ لأنهم لما عتقوا عليهم[11] فهم وهو[12] مكاتبون للسيد، وحكمهم ما ذكر، فتعين أن ذلك حكم المكاتب بالإطلاق.

وأما شركته فلم أرَ نصًّا صريحًا في جوازها له، وكذلك مفاوضته[13] فيها؛ أي:

(1) كلمتا (من القرابة) يقابلهما في (ع2) و(ب): (بالقرابة) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) في (ع2) و(ب): (ولهم) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) عبارة (إلا أن يخشى... ولهم بيعهم) ساقطة من (ع2).

(4) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (يعجزوا) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 296/2.

(6) في (ز) و(ب): (ومقاسمته).

(7) في (ب): (لا).

(8) كلمتا (جائزًا بإذن) يقابلهما في (ز): (جائز إلا بإذن) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(9) كلمة (وبغير) يقابلها في (ب): (أو بغير) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(10) في (ع2): (اشتراه).

(11) في (ز): (عليه).

(12) في (ع2): (وهم).

(13) في (ز): (معاوضته).

يشارك غيره على سبيل المفاوضة، ولكن نصه على جواز مقاسمة الشركاء دليلٌ على أن لهم أن يشاركوا ابتداء، وإلا لما تصور قسمهم.

ولا يقال: يحتمل أن يكونوا[1] شاركوا قبل الكتابة؛ لأنَّ ذلك لا يجوز لهم إن لم يؤذن لهم في ذلك، وأيضًا فإنَّ الشركة بيع من كل شريك لبعض متاعه ببعض متاع شريكه، / وبيعه جائز فشركته جائزة؛ لأنَّه أحرز نفسه وماله، ومما يقوي ذلك أن ابن رشد جعل حكمه حكم المأذون. [ز:751/أ]

وقد قال في كتاب الشركة من "المدونة": ويجوز للمأذون مفاوضة الحر كما يجوز له أن يدفع قراضًا.

وتجوز[2] شركة العبيد؛ لأنَّه أذن لهم في التجارة[3]، فهذه نصوص الأحكام من قوله: (**بَيْعٌ**...) إلى قوله: (**مفاوضة**).

وقوله: (**ومُكاتَبَته**)، قال في "المدونة": وكتابة[4] المكاتب عبده على ابتغاء الفضل جائزة، وإلا لم تجز، وكذلك قوله لعبده: إن جئتني بكذا فأنت حر، فإنما يجوز ذلك إن كان على ابتغاء الفضل، إلا أنَّه يتلوم للعبد في هذا بلا تنجيم[5].اهـ[6].

وفي هذا النص زيادة على ما ذكر المصنف من شرط ابتغاء الفضل في كتابته، فكان حق المصنف أن ينبه عليه على أنه في الحقيقة شرط في جميع تصرفاته.

ويحتمل أن يكون قوله: (**أحرى**[7] **بالنظر**) راجعٌ[8] إلى جميع التصرفات المذكورة قبله، وهو الظاهر أو حذف نظيره من كلٍّ منهما، ويختص المذكور بما

---

(1) كلمتا (أن يكونوا) ساقطتان من (ع2) و(ب) وقد انفردت بهما (ز).

(2) في (ز): (ويجوز).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 379/3.

(4) في (ع2) و(ب): (ومكاتبة) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) كلمتا (بلا تنجيم) يقابلهما في (ز): (بالتنجيم) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 571.

(7) في (ز): (أخذًا).

(8) في (ز): (راجعًا).

ولي.

وقوله: (**واسْتِخْلافُ عاقِدٍ لِأَمَتِهِ**)؛ أي: وللمكاتب أن يزوج أمته، ولما كان عبدًا ما[1] بقي عليه درهم لا يلي العقد عليها بنفسه لكن له أن يستخلف من يعقِد عليها النكاح.

وكأن المصنف رأى أنَّ النصَّ على جواز الاستخلاف يستلزم جواز الإنكاح؛ وفيه نظر، ولو قال: (وتزويج أمته واستخلف عليه) لكان أجرى مع النص.

قال في النكاح الأول من "المدونة": وللمكاتب إنكاحُ إمائه على ابتغاء الفضل، وإن كره سيده، ولكن يلي العقد غيره بإذنه، ولا يجوز على غير ابتغاء الفضل إذا ردَّه السيد.اهـ[2].

وفي التزويج -أيضًا- شرط ابتغاء الفضل كما ترى.

وقوله: (**وإِسْلامُها...**) إلى (**بِالنَّظَرِ**)؛ أي: وله في أمته إذا جَنَت أن يسلمها في جنايتها أو[3] يفديها بالنظر، وكذلك عبده، وإنما خصَّ الأمة؛ لتقدم ذكرها، فرأى أن الاقتصار على ضميرها أخصر، ولو قال: (وأسلم عبده أو فداه إن جنى بنظر) لكان أشمل وأخصر[4].

قال في كتاب الجنايات من "المدونة": وإذا جنى عبد المكاتب، فله أن يسلمه أو يفديه على وجه النظر[5].

وقوله: (**وسَفَرٌ لا يَحِلُّ فِيهِ نَجْمٌ**)؛ أي: وله أن يسافر سفرًا لا ينتهي في مدة لا يحل فيها لسيده نجم من نجوم الكتابة، وظاهر هذا سواء كان ذلك السفر قريبًا أو بعيدًا.

وليس كذلك، وإنما له أن يسافر السفر القريب.

---

(1) كلمتا (عبدًا ما) يقابلهما في (ز): (عبد إنما) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 426/1.

(3) في (ع2): (أن).

(4) في (ز): (واختصر).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 374/4.

وإنما اختار هذه العبارة -والله أعلم- لأنهم لما علَّلوا[1] منعه من بعيد السفر؛ لأنَّه[2] مظنة لحلول نجم عليه، فلا[3] يجده السيد[4] حينئذ فيتضرر بذلك؛ توهم أن[5] الذي لا يمنعه السيد منه هو ما لا يحل فيه نجم، وهو قريبٌ من اعتبار عكس العلة، وقد علمت أن المحققين من الأصوليين على عدم اعتباره؛ لأنَّ القائل باعتباره بنى على أن العلة لا تتعدد، والصحيح تعددها.

قال في "المدونة": وليس للمكاتب أن يتزوج -وإن رآه من وجه النظر- أو يسافر إلا بإذن سيده اشترط ذلك عليه السيد أم لا، إلا ما قرب من السفر مما لا ضرر فيه لحلول نجم أو غيره، فذلك واسعٌ له.

ولو شَرَطَ عليه السيد أنه إن نكح أو سافر بغير إذنه، فمَحْو كتابته بيده لم يكن له محوها إن فعل المكاتب شيئًا من ذلك، وليرفع[6] ذلك إلى السلطان.

قال ربيعة: للسيد فسخ الكتابة في بعيد السفر بحكم[7] الإمام، وإن نكح فرق بينهما، وانتزع ما أعطاها.اهـ[8].

فأنت تراه[9] في "المدونة" إنما استثنى من السفر الذي يمنع منه المكاتب القريب، ووصفه بأنه ما لا ضرر فيه لحلول نجم أو غيره، فدل أن ما يمنع منه هو ما فيه ضرر من حلول نجم أو غيره، فلم يعلل المنع[10] بحلول النجم خاصة حتى

---

(1) في (ز): (علموا).

(2) في (ز): (فإنه).

(3) في (ز): (ولا).

(4) كلمة (السيد) ساقطة من (ز).

(5) كلمة (أن) زيادة انفردت بها (ز).

(6) في (ز): (وليدفع)، وفي (ع2): (ليرجِّع) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(7) في (ز): (لحكم).

(8) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 283/2.

(9) في (ع2): (ترى).

(10) في (ع2) و(ب): (المعلل) ولعل الصواب ما أثبتناه.

يكون انتفاؤه دليل الجواز كما توهم المصنف؛ بل حلول النجم أحد أنواع الضرر[1] التي علل بها.

وقال اللخمي: اختلف في سفر المكاتب بغير إذن سيده فمنعه مالك، وقال: قد يحل[2] / نجومه، وهو غائب، وأجاز ابن القاسم في القريب الذي لا كبير مؤونة فيه مع الغيبة إن حلت نجومه. [ز:751ب]

قال اللخمي: أما إن كان صانعًا أو تاجرًا فيمنعه؛ لأَنَّ قصده أن يسعى في الحاضرة بذلك كعادته، فإن بارت صنعته أو تجارته أو احتاج إلى سفر؛ لم يكن له ذلك إلا بحميل بالأقل من باقي كتابته أو قيمته، وإن كان من شأنه السفر ومنه سعايته قبل الكتابة لم يمنعه، وليس عليه[3] أن يأتي في ذلك بحميل، وإن أحب سفرًا يحل نجم قبل رجوعه منه منعه[4]، وإن كان يعود قبل ذلك واتهم أن يبعد أو يتأخر منع إلا بحميل.اهـ[5].

واستشكل بعضهم إتيانه بحميل؛ لأنَّ فيه صرف الكتابة إلى الذمة.

قال: فتكون الحمالة هنا بالطلب خاصة.

قلتُ: وهو خلاف ظاهر[6] كلامه، فإنَّه عيَّن الحمالة بما تكون، وقول ربيعة في نكاحه وانتزع ما أعطاها إن عنى الأربع دنانير[7] فوفاق، وإن عنى الجميع فخلاف، وإنما[8] منع المكاتب من النكاح؛ لأنَّه داعية إلى رقه، ولأنَّه يعيبه بتقدير العجز.

وقوله: (وإِقْرارٌ فِي رَقَبَتِهِ)؛ أي: وللمكاتب أن يقر بما يلزمه حكمه في رقبته، ويقبل إقراره فيه كالقصاص وغيره من الحدود.

---

(1) في (ز): (الضرب).
(2) كلمتا (قد يحل) يقابلهما في (ز): (ويحل) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.
(3) كلمة (عليه) ساقطة من (ز).
(4) في (ز): (عتقه).
(5) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3994/7.
(6) كلمتا (خلاف ظاهر) يقابلهما في (ز): (ظاهر خلاف) بتقديم وتأخير.
(7) في (ز): (دينار).
(8) في (ز): (وإلا).

وأما ما يلزمه في ذمَّته كالإقرار بقتلِ الخطأ فليس له، ولا يلزمه لما تقدم في النكاح، ولأنَّه عبد ما بقي عليه درهمٌ، وهذا حكم العبد في إقراره، وإنما كان للمكاتب التصرفات المذكورة؛ لرجاء العتق له بها لما فيها من رجاء الفضل.

قال في جنايات "المدونة": وإن أقر مكاتب بقتل عمد أو خطأ فصالح منه على مال؛ لم يجز، ولهم في العمد قتله بإقراره، فإن لم يقتصوا لم يكن لهم في مال المكاتب شيء، ولا في رقبته إن عجز[1].

وإن أقر مكاتب بقتل خطأ، لم يلزمه شيء، عجز أو عتق، ولو أقر بدين لزم ذمَّته، عتق أو رق[2].

وقوله: (وإِسْقاطُ شُفْعَتِهِ) إنما جاز له إسقاط شفعته؛ لأنَّه في الحقيقة من ترك التصرف؛ نعم قد يكون له في الأخذ بالشفعة فضل فيتركه لما يراه من المصالح في إسقاطه.

وإذا ثبت أن له[3] الإسقاط ثبت أن له الأخذ؛ لأنَّ التخيير في أحدِ المتقابلين يستلزم التخيير في مقابله، وإلا كان الإسقاط عليه لا له، وإنما اقتصر على ذكر الإسقاط؛ لأن أخذها شراء[4]، فيدخل في قوله: (اشْتِراء).

قال في كتاب الشفعة من "المدونة": ولأم الولد والمكاتب الشفعة، وللعبد المأذون، وإن لم يكن مأذونًا فذلك لسيده، إن أحب أخذ الشفعة لعبده أو ترك، وإن أسلمها المأذون، فلا قيام للسيد.

ولو أخذها المأذون وسلمها السيد، فإن لم يكن العبد مديانًا، جاز تسليم السيد، وإن كان[5] مديانًا وله فيها فضل، فلا تسليم للسيد، ولو سلمها المكاتب لزمه ولا

---

(1) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (عجزوا) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 371/4.

(3) ما يقابل عبارة (ثبت أن له) غير قطعي القراءة في (ز).

(4) في (ز): (بشراء).

(5) قوله: (كان) يقابله في (ب): (لم يكن).

أخذ للسيد.اهـ[1].

وهذا الفرع الأخير هو مراد المصنف.

قال ابن يونس: قال أشهب: إلا أن يتبين أن للمكاتب في أخذها أو تركها محاباة بيِّنة.

قال ابن يونس: يريد فلسيده نقضه[2].

[مما لا يجوز للمكاتب فعله بلا إذن]

لا عِتْقٌ وإِنْ قَرِيبًا وَهِبةٌ وَصَدَقَةٌ وَتَزْوِيجٌ وَإِقْرارٌ بِجِنايَةِ خَطَإٍ وَسَفَرٌ بَعُدَ إلّا بِإِذْنٍ

لمَّا ذكر ما للمكاتب أن يفعله بغير إذن ذَكَرَ هذه الأشياء التي هو ممنوع من فعلها إلا بإذن سيده فمنها العتق فقال: (**لا عِتْقٌ**)؛ أي: لا عتق فإنَّه ليس للمكاتب فعله، ولا فعل ما عطف عليه[3] إلا بإذن سيده، فأحرى أن لا يكون له عتق البعيد[4] إلا بالإذن، ولذا غيَّ المصنف بقوله: (**وإِنْ قَرِيبًا**)، والأظهر نصب (**قَرِيبًا**) على أنه خبر كان على المذهب الكوفي، وتقدم نظيره.

وكونه لا يمضي عتقه للقريب خصوصًا قد يؤخذ مما جلبنا من نص "المدونة" عند قوله: (**بَيْعٌ واشْتِراءٌ**)، وفيه نظر.

ولكنه وما عطف عليه من هبة وصدقة داخل في قوله في حمالة "المدونة": ولا يجوز لعبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد عتق ولا كفالة ولا هبة ولا صدقة، ولا غير ذلك مما هو معروف عند الناس إلا بإذن السيد، / فإن فعلوا ذلك بغير إذنه لم يجز إن [ز:752/أ] رده السيد، فإن رده؛ لم يلزمهم[5] وإن عتقوا، وإن لم يرده حتى عتقوا؛ لزمهم ذلك

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 126/4.

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 488/10.

(3) عبارة (فمنها العتق...ما عطف عليه) يقابلها في (ز): (فلا يجوز له عتق وإن كان من أعتق من أقاربه الذين يعتقون على الحر بالملك وإذا كان لا يكون له عتق قريبه الذي يعتق على الحر بالملك).

(4) في (ز): (العبد).

(5) في (ز): (يغرمهم).

علم به السيد قبل عتقهم[1] أم لا.

وقال غيره: لا يجوز ذلك للمكاتب، وإن أذن له سيده؛ لأنَّه داعية إلى رِقِّه.اهـ[2].

وقال في كتاب الجنايات: وليس للمكاتب أن يعفوا عن قاتل عبده عمدًا أو خطأ على غير شيء إن[3] منعه السيد؛ لأنَّه معروف صنعه؛ لأنَّ للسيد أن يمنعه من هبة ماله ومن صدقته.اهـ[4].

فالنص الأول من "المدونة" فيه عموم رد العتق، فيدخل القريب وغيره، والنص الثاني فيه رد معروفه وعتق القريب من ذلك.

وفي بعض النسخ: (وإن قويًّا)؛ أي: لا يمضي عتق المكاتب، وإن كان قويًّا على السعاية، لا يخشى عجزه، فأحرى أن لا يمضي إن كان ضعيفًا، وهذا معنى صحيح؛ لكن الذي في كتاب ابن الحاجب[5]، (ولا يعتق قريبه)[6]، وقريب منه ما لابن شاس[7]، وكل من نصِّ المؤلف، وابن الحاجب، وابن شاس مخالف لصاحبيه، وأقرب الثلاثة لما في "المدونة" فنص[8] ابن شاس مباينها[9].

وقوله: (**وتَزْوِيجٌ**)؛ أي: ولا يكون له تزويج إلا بإذن[10]، وقد تقدَّم نص "المدونة" في منعه من التزويج عند قوله: (**وسَفَرٌ**)[11].

---

(1) في (ز): (عتقه).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 37/4.

(3) في (ز): (وإن) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4 /376.

(5) في (ز): (الجلاب) وما أثبتناه موافق لما في جامع الأمهات.

(6) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 797/2.

(7) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1211/3.

(8) في (ز): (فنص) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(9) ما يقابل كلمة (مباينها) غير قطعي القراءة في (ز).

(10) في (ز): (بالإذن).

(11) انظر النص المحقق: 9/ 448.

وقال ابن يونس: قال الرسول ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ عَشْرَةُ دَرَاهِم»[1].

وقال جماعة من الصحابة والتابعين -رضي الله عن جميعهم-: عبد ما[2] بقي عليه درهم، فوجب[3] أن يكون بحكم الأرقاء في الميراث والشهادة، والحدود، والجراح، والجناية وغير ذلك حتى يؤدي.

قال مالك: وليس له أن ينكح إلا بإذن سيده.

قال أشهب[4]: وإن كان معه في الكتابة غيره، فليس للسيد إجازة نكاحه إلا بإجازة[5]؛ لأنَّ ذلك يعيبه إن عجز.

ابن المواز: قال مالك: وله أن[6] يزوج عبيده[7] وإماءه.

وقاله ابن القاسم: إذا كان على وجه النظر، ورجاء الفضل.

وقال أشهب: لا يزوج عبيده إلا بإذن سيده، وأما إماؤه، فإن[8] خفف عن نفسه بذلك ثقلًا، أو أدخل مرفقًا[9] يرى أن في ذلك فضلًا له؛ جاز ذلك بغير إذن سيده[10].

قال أشهب: وإن كان معه في الكتابة غيره؛ فليس للسيد إجازة نكاحه؛ إلا بإجازة من معه، إلا أن يكونوا صغارًا، فيفسخ على كل حال، ويترك لها إن دخل ثلاثة دراهم، ولا يتبع إن عتق بما بقي.

ابن القاسم: وما ردَّ من عتقه وصدقته؛ فلا يلزمه إن عتق، وإن كان ذلك بيده،

---

(1) تقدم تخريجه. انظر النص المحقق: 9/ 379.

(2) كلمتا (عبد ما) يقابلهما في (ز): (عبده).

(3) في (ز): (وجب).

(4) كلمتا (قال أشهب) زيادة انفردت بها (ع2).

(5) عبارة (وإن كان معه... إلا بإجازة) ساقطة من (ب) و(ز) وقد انفردت بها (ع2).

(6) كلمتا (وله أن) يقابلهما في (ب): (وأن).

(7) في (ز): (عبده).

(8) في (ز): (فقد).

(9) ما يقابل كلمة (مرفقًا) غير قطعي القراءة في (ز).

(10) في (ع2) و(ب): (غيره)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

ولا يتزوج الرجل مكاتبته، وإن رضيت ويزوجها لغيره برضاها.اهـ[1].

وقوله: (وإِقْرارٌ بِجِنايَةِ خَطَإٍ)؛ أي: ولا يكون له الإقرار بذلك، وتقدم نص "المدونة" فيه عند قوله: (وإِقْرَارٌ فِي رَقَبَتِهِ)[2].

وقوله: (وسَفَرٌ...) إلى آخره؛ أي: ولا يكون له السفر البعيد إلا بإذن سيده، وتقدَّم نصه من "المدونة" -أيضًا- عند قوله: (وسَفَرٌ لا يَحِلُّ فِيهِ نَجْمٌ)[3]؛ لأنَّه في "المدونة" منعه من السفر بإطلاق، وإنما أجاز له القريب.

وقد يقال: إن قول المصنف هنا: (بَعُدَ) يدل على أنه أراد بقوله: (لا يَحِلُّ فِيهِ نَجْمٌ) القريب، وإنما اختار تلك العبارة للإيماء إلى علة جواز القريب من كونه لا ضرر فيه على السيد، فيرتفع عنه الاعتراض المتقدم.

وقوله هنا: (إِلَّا بِإِذْنٍ) راجع إلى جميع ما ذكر[4] قبله من العتق وما بعده.

ثم هذه الأشياء التي ذكر المصنف أنَّ[5] للمكاتب فعلها من غير إذن، والأشياء التي ذكر أنه ليس له فعلها إلا بإذن ليست منحصرة فيما ذكر؛ بل ما ذكر[6] نزر يسير ممَّا ترك.

وممَّا له فعله: الإقرار بالدين -كما نقلنا من نصِّ "المدونة"- أنه يلزم ذمته[7]، وممَّا ليس له ما نقلنا من نصِّ "المقدمات" من اشتراطه في الإقرار بالدين أن يكون لمن لا يتهم عليه[8]، فإنَّ مفهومَه أن إقراره لمن[9] يتهم عليه لا يكون له، ولو اكتفى

---

(1) كلمتا (لغيره برضاها) يقابلهما في (ز) و(ب): (بغير رضاها)، وما اخترناه موافق لما في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 85/6.

(2) انظر النص المحقق: 9/ 449.

(3) انظر النص المحقق: 9/ 448.

(4) كلمة (ذكر) ساقطة من (ب).

(5) كلمة (أن) ساقطة من (ز).

(6) عبارة (بل ما ذكر) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

(7) انظر النص المحقق: 9/ 450.

(8) كلمة (عليه) ساقطة من (ز).

انظر النص المحقق: 9/ 448.

(9) في (ع2): (لم).

عن النوعين بضابط؛ لكان أولى وأخصر، فيقول: (وله التصرف فيما له فيه فضل لا بما ليس كذلك)، أو يقول: (ويتصرف كحر إلا بتبرع)، كما قال ابن الحاجب: وتصرفات المكاتب كالحر إلا في التبرع والمحاباة[1].

ولو أسقط المحاباة لصحَّ؛ لدخولها في التبرع.

[تعجيز المكاتب نفسه]

وَلَهُ تَعْجِيزُ نَفْسِهِ إِنِ اتَّفَقا وَلَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ؛ فَيُرَقُّ وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ؛ كَأَنْ عَجَزَ عَنْ شَيْءٍ أَوْ غابَ عِنْدَ المَحِلِّ وَلا مَالَ لَهُ وَفَسَخَ الحاكِمُ وَتَلَوَّمَ لِمَنْ يَرْجُوهُ كَالقِطاعَةِ وَإِن شَرَطَ[2] خِلافَهُ [ز:752ب]

يعني أن المكاتب له أن يعجز نفسه بشرطين:

أحدهما: أن يتفق هو وسيده على ذلك، وهو معنى قوله: (**إِنِ اتَّفَقَا**).

الثاني: أن لا يكون للمكاتب مال ظاهر، وهو[3] معنى قوله: (**ولَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ**).

وقوله: (**فَيرِقُّ، ولَوْ ظَهَرَ لَهُ مالٌ**)؛ أي: إن اختار تعجيز نفسه بالشرطين المذكورين رجع رقيقًا، ولا ينتقض رقه للذي اختار ولو ظهر له مال بعد ذلك كان أخفاه أو نسيه أو ما أشبه ذلك؛ لأنَّ التعجيز كأنه حُكْم وَقَع فلا ينتقض، وغيَّ بـ(**لَوْ**) دون (إن)؛ ليفيد الخلاف في عوده مكاتبًا إن ظهر له مال بعد رقه كان على ملكه حين عجز نفسه.

وقوله: (**كَأَنْ...**) إلى (**ولا مالَ**)؛ أي: يرق لتعجيز نفسه، كما يرق إن عجز عن أداء نجم من نجوم الكتابة عند حلوله، أو غاب عند محل النجم، ولا مال له موجود يُقضى عليه بأخذ النجم منه.

وقوله: (**وفَسَخَ الحَاكِمُ**)؛ أي: أن فسخ الكتابة وعود المكاتب رقيقًا إن كان

---

(1) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 797/2.

(2) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (ولو شَرَطَ) بـ(لو) الشرطية عوضًا عن (إن).

(3) في (ز): (وهذا).

للعجز عن أداء النجم أو للغيبة[1]، ولا مال، والمكاتب لا يريد التعجيز في الصورتين بأن يقول العاجز: أؤدي؛ إلا أنه مطل بسيده، ويأتي الغائب فيقول: لا أرضى العجز، فلا يكون ذلك الفسخ إلا للحاكم؛ بخلاف الذي[2] يريد تعجيز نفسه بشرطيه، فإن التعجيز يكون باتفاقه[3] مع سيده دون الحاكم.

ومعلومٌ أن مراد المصنف هنا أن المكاتب لم يرد التعجيز؛ لأنَّه لو أراده في هاتين الصورتين، والفرض[4] ألا مال؛ لكانت هي المسألة الأولى، فيكون كلامه متناقضًا؛ لأنَّه أولًا جعل له التعجيز، وظاهره[5] من دون حكم، وهنا جعل التعجيز للحاكم، وظاهره أنه لا يكون له، وأيضًا كان يلزم التكرار.

وقوله: (وَتَلَوَّمَ...) إلى آخره؛ أي أن فسخ الحاكم[6] الكتابة في الصورتين لا يكون إلا بعد التلوم لمن يرجو له طرآن مال، وهذا في العاجز الحاضر أبين منه في الغائب، وفيه ذكر التلوم في "المدونة" ولا فرق، فإن التلوم في مثل[7] هذا الباب لمن يرجى من غائب أو غيره من شأن الحاكم.

وقوله: (**كالقِطاعَةِ**) الظاهر تعلقه بـ(**فَسَخَ الحاكِمُ**) المشروط بالتلوم، وإن كان ظاهر لفظ[8] "الأم"[9]، و"التهذيب"[10] أنه متعلق بـ(**تَلَوَّمَ**) لكنهما في التحقيق[11] متلازمان.

---

(1) في (ع2) و(ز): (الغيبة) ولعل الصواب ما أثبتناه.
(2) كلمة (الذي) ساقطة من (ز).
(3) في (ب) و(ع2): (باتفاق).
(4) في (ز): (والفرق).
(5) في (ز): (وظاهر).
(6) كلمة (الحاكم) ساقطة من (ب).
(7) كلمة (مثل) ساقطة من (ب).
(8) كلمة (لفظ) زيادة انفردت بها (ز).
(9) انظر: المدونة (السعادة/صادر): **233/3**.
(10) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **276/2**.
(11) كلمتا (في التحقيق) ساقطتان من (ز).

والمعنى -على تعلقه بـ(فَسَخَ)- كما أن المكاتب في الصورتين الأخيرتين لا يفسخ كتابته إلا الحاكم، كذلك إن قاطع سيده من كتابته على شيء، ثم عجز عن أداء ما قاطع عليه، وأبى[1] أن يعجز نفسه فلا يفسخها إلا السلطان بعد التلوم.

وعلى تعلقه بـ(تَلَوَّمَ): كما يتلوم[2] الحاكم في فسخ الكتابة لمن يرجو له يتلوم في فسخها في القطاعة لمن يرجو له، والمعنيان متلازمان كما ذكرنا.

ومفهوم قول المصنف: (ولَمْ يَظْهَرْ لَهُ مالٌ)؛ أنه إن ظهر له مال لم يكن له تعجيز نفسه، وهذا من مفهوم الشرط الذي التزم؛ لأنَّ قوله: (ولَمْ يَظْهَرْ) معطوف على (إِنِ اتَّفَقا) الذي هو شرط، والمعطوف على جملة الشرط في حكمها، وهو مفهوم صحيح.

وأما قوله: (إِنِ اتَّفَقا) فمفهومه -أيضًا- أنه إن لم يتفقا، فليس له تعجيز نفسه، وهذا أعم من ألا يكون لأحد تعجيزه مع ذلك، أو يعجزه السلطان.

وهذا هو مراد المصنف، ولولا قوله بعده: (فَسَخَ الحاكِمُ) لم يكن في كلامه دليل عليه؛ لأنَّ الأعم لا إشعار له بأخصٍّ معين.

وهذا الذي ذكر من أنه إن لم يتفقا لا يعجزه إلا السلطان كما هو مفهوم كلامه خلاف ما نصَّ عليه ابن رشد في "المقدمات"[3]، وخلاف ظاهر "المدونة".

ونصه فيما تضمنه قوله: (ولَهُ...) إلى قوله: (فَيَرِقُّ) -صريحًا، ومفهومًا-: وإذا كان المكاتب ذا مال ظاهر، فليس له تعجيز نفسه.اهـ[4].

وهذا هو مفهوم قوله: (ولَمْ يَظْهَرْ لَهُ مالٌ)، ثم قال: وإن لم يظهر له مال، فذلك له[5] دون السلطان، ويمضي ذلك، وكذلك إن عجز نفسه قبل محل النجم بالأيام أو

---

(1) في (ز): (وأما).

(2) في (ب): (تلوم).

(3) في (ز): (المكاتب).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 281/2.

(5) في (ب): (كله).

بالشهر.اهـ[1].

فظاهرها أن له تعجيز نفسه، وإن لم يرد سيده، فما[2] ذكر المصنف من أن له تعجيز نفسه إن لم يظهر له مال موافق لها، وما شرط فيه من اتفاقهما مخالف / [ز:753/أ] لظاهرها، وبه صرَّح ابن رشد.

فإنه قال في "المقدمات": وأما التعجيز إذا لم يكن له مال ظاهر، فإن تراضى[3] العبد وسيده عليه فجائز؛ لارتفاع حق الله تعالى بظهور العذر[4]، وهو العجز، ولا يحتاج إلى سلطان على ما في "المدونة".

وقيل: لا يعجزه إلا السلطان؛ لأنَّ حق الله تعالى لا يصدقان على إسقاطه، ولا يسقط إلا بعد نظر السلطان واجتهاده.

وإن دعا العبد إليه وأبى السيد، فله تعجيز نفسه دون السلطان؛ لأنَّه موضع لا مدخل فيه للاجتهاد، ولا يفتقر فيه إلى حكم.

وإن دعا السيد إليه وأبى[5] العبد، فالسلطان يعجزه بعد التلوم.اهـ[6].

فأنت ترى قوله في الوجه الثاني: (يعجز نفسه من دون سلطان) نعم قال بعض الشيوخ: إن قولَ سحنون يدخل في الوجه الثاني، ويعني بقول سحنون أن من أصله (أنَّ المكاتب لا يعجزه إلا السُّلطان) فلعل المصنف اعتمد على هذا، وهو[7] الذي أراد ابن رشد في الوجه الأول بقوله: (وقيل) ونقله عن سحنون اللَّخمي[8] وغيره.

ولعل هذا -أيضًا- اعتمَد ابن عبد السلام، فقال: إن اختلف السيد والمكاتب، فأراد أحدهما التمسك بالكتابة، والآخر حلها أيهما كان، فلا بد من نظر السلطان

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 281/2.

(2) في (ز): (مما).

(3) في (ع2) و(ب): (ترضى)، وما أثبتناه موافق لما في المقدمات.

(4) في (ز): (الغرر) وما اخترناه موافق لما في مقدمات ابن رشد.

(5) عبارة (السيد فله تعجيز...السيد إليه وأبى) ساقطة من (ز).

(6) المقدمات الممهدات، لابن رشد: 185/3.

(7) في (ز): (وهذا).

(8) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3987/7.

لرفع[1] النزاع.اهـ[2].

ولعلَّ كلام ابن عبد السلام -أيضًا- من معتمدات المصنف، ووجهه ظاهر، وما دلَّ عليه مفهوم كلام المصنف، وظاهر "المدونة" من أنه إن كان له مال ظاهر لا يعجز نفسه هو المشهور.

ونقل ابن يونس وغيره في المسألة ثلاثة أقوال:

* قيل: لا يعجزه إلا السلطان على كل حال.

* وقيل: له تعجيز نفسه على كل حال.

* وقيل: إن كان له مال لم يعجز نفسه، وإن كان ليس له مال؛ فله، وهو أصوبها[3].

ونقله اللخمي على[4] طريقة أخرى، فقال: اختلف إن تراضيا بالفسخ، فقال: إن كان له مال ظاهر لم يكن له، وإلا كان له، وإن أظهر بعد ذلك مالًا كتمه؛ لم يرجع[5] عمَّا رضي به.

وقال -أيضًا-: ذلك له، وإن كان ذا مال ظاهر.

وقال سحنون: ليس[6] ذلك له، وإن لم يظهر له مال إلا عند السلطان.

وقال محمد: إن كان صانعًا ولا مال له؛ فله أن يعجز نفسه، وعلى أصل سحنون إلا عند السلطان[7]، فإن كانت صناعته قائمة، وهو قادر على الوفاء منعه من العجز[8].اهـ[9].

---

(1) في (ع2) و(ب): (لدفع) وما أثبتناه موافق لما في شرح ابن عبد السلام لجامع الأمهات.

(2) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 199/17.

(3) في (ب): (أصوبهما).

انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 80/6.

(4) في (ز): (عن).

(5) كلمة (يرجع) ساقطة من (ع2).

(6) كلمة (ليس) ساقطة من (ز).

(7) عبارة (وقال محمد... إلا عند السلطان) ساقطة من (ز).

(8) في (ع2) و(ب): (التعجيز) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(9) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3987/7.

وأما قوله: (وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ مالٌ)، فنصه من "المدونة": وإن عجز نفسه، وهو يرى أنه لا مال له، ثم ظهر له مال صامت أخفاه أو طرأ له، فهو[1] رقيق، ولا يرجع عمَّا كان رضي به.اهـ[2].

والمال الصامت الذهب والفضة؛ لأنَّه لا ينطق ويخفى غالبًا، فلا يعرف مكانه، والناطق الحيوان، وانظر العقار، هل يقال له: ناطق؛ لظهوره القائم مقام نطْقه، أو يقال له: صامت؛ لأنَّه لا ينطق.

وأما ما أشار إليه المؤلف من الخلاف بإتيانه بـ(لَوْ)، فظاهره[3] أنه إن عجز نفسه حيث لا مال له ظاهر فَرُقَّ، ثم ظهر له مال، فقيل: إن رقه يمضي، وهو الذي صرَّح به.

وقيل: يرد ويرجع مكاتبًا، وهو الذي أشار إليه بـ(لَوْ)، ولم أر هذا الخلاف منصوصًا هكذا، لكن لما ذكر اللخمي الخلاف المتقدم، قال: جعل له الرضا بالفسخ[4] في القول الأول؛ لأنها معاوضة كالبيع، ورضاهما بالفسخ[5] كالإقالة، ومنعه في القول الثاني[6] ابتداءً وأمضاه إن فعلا، ثم تبين أنه كتم مالًا مراعاة للخلاف في ذلك، ومنع في القول الثالث إلا بحاكم؛ لشبهة العتق، ولما تعلق من حق عصبته في الولاء.اهـ[7].

فلعلَّ المصنف نظر إلى قوله: (مراعاة الخلاف)[8]، فلذلك أتى بـ(لَوْ)، لكن[9] هذا الخلاف المراعى الذي أشار إليه اللخمي هو الكائن في أصل المسألة، لا أنه خلاف بعد الوقوع كما يقتضيه كلام المصنف.

---

(1) في (ع2) و(ب): (فإنه)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 282/2.

(3) في (ز): (فظاهر).

(4) كلمة (بالفسخ) يقابلها في (ز): (بما يفسخ).

(5) كلمة (بالفسخ) ساقطة من (ز).

(6) في (ع2) و(ب): (الأول) وما وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3987/7 و3988.

(8) عبارة (في ذلك، ومنع... مراعاة الخلاف) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

(9) في (ز): (كان).

تنبيه: قال ابن المواز: إنما له تعجيز نفسه، ولا مال له إن كان وحده، فإن كان له[1] ولد؛ فلا تعجيز له، ويسعى عليهم صاغرًا، ولو تبيَّن منه لدد[2]؛ رأيت عقوبته، وإن كان له مال ظاهر، فلا تعجيز له، ويعطي ماله لسيده شاء أو أبى.

قال أبو محمد: يريد بعد محله، ويعتق هو وولده[3].

ونص قوله: (كَأَنْ عَجَزَ) مع قوله: (وفَسَخَ الحاكِمُ، وتَلَوَّمَ) من "المدونة" قوله فيها: وإنما الذي يعجزه إلا السلطان الذي يريد سيده تعجيزه[4] بعد / محل ما عليه، [ز:753ب] وهو يأبى[5] العجز، ويقول: نؤدي إلا أنه مطل سيده[6]، فالإمام يتلوم له، فإن رأى له وجه أداء تركه، وإلا عجزه بعد التلوم، ولا يكون تأخيره عن نجومه فسخًا لكتابته، ولا يعجزه إلا السلطان.اهـ[7].

ونص قوله: (أَوْ غابَ) منها قوله: وإذا غاب أحد المكاتبين في كتابة[8] أو هرب[9]، وعجز الحاضر لم يعجزهما إلا السلطان بعد التلوم، وكذلك إن غاب المكاتب وحلت نجومه، فأشهد السيد أنه قد عجزه، ثم قدم المكاتب، فهو على كتابته، ولا يعجزه إلا السلطان[10].

ونص ما تضمنه قوله: (كَأَنْ عَجَزَ...) إلى آخره ما عدا الغيبة من "المدونة" قوله: ومن شرط على مكاتبه أنه إن عجز عن نجم من نجومه فهو رقيق، أو إن لم يؤد نجومه إلى أجل فلا كتابة له[11] لم يكن للسيد تعجيزه بما شرط، ولا يعجزه إلا

(1) في (ز): (معه).

(2) في (ب): (لد).

(3) قول ابن المواز في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 80/6.

(4) في (ب): (تعجيز).

(5) كلمة (يأبى) يقابلها في (ز): (ما في).

(6) في (ع2): (لسيده)، وفي (ب): (بسيده)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 281/2 و282.

(8) في (ع2) و(ب): (كتابته)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(9) ما يقابل كلمة (هرب) بياض في (ز).

(10) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 281/2.

(11) كلمة (له) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

السلطان بعد أن يجتهد له في التلوم بعد الأجل، فمن العبيد من يرجى له في التلوم، ومنهم من لا يرجى له[1]، فإن رأى له وجه أداء تركه، وإلا عجزه والقطاعة كذلك في التلوم بعد الأجل.اهـ[2].

ولا يخفى عليك تنزيل مسائل المصنف على هذا النص.

وفي عدم اعتبار مثل هذا الشرط في الكتابة[3] تخصيص لقوله[4] ﷺ: «**المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»[5].

وحكى ابن يونس عن عمر بن عبد العزيز وابن شهاب اعتبارَ مثل هذا[6] الشرط.

واختلف في تأويل قوله: فمن العبيد من يرجى له، فقيل: معناه: أصل التلوم؛ أي: من يرجى له يتلوم له، ومن لا فلا يتلوم[7].

وقيل: معناه: مقداره؛ أي: منهم من يوسع له، ومنهم من يضيق عليه بحساب الرجاء، وعلى هذا التأويل[8] لابد من التلوم للجميع، وإنما يختلفون في مقداره، وعلى الأول يختلفون في ثبوته.

قلتُ: وعندي تأويل ثالث، وهو القولان جميعًا، وإن منهم مَنْ يتلوم له ومنهم من لا، والذين يتلوم لهم مختلفون في مقدار أجل التلوم بحسب قوة[9] أسباب الرجاء في حقهم وضعفها.

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (ز).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 276/2.

(3) كلمتا (في الكتابة) زيادة انفردت بها (ز).

(4) كلمة (لقوله) يقابلها في (ع2): (عند قوله).

(5) رواه البخاري معلقًا في باب أجر السمسرة، من كتاب الإجارة، في صحيحه: 92/3.

ووصله الطبراني في الكبير: 275/4، برقم (4404)، من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه.

(6) في (ز): (هذه).

(7) عبارة (ومن لا فلا يتلوم) ساقطة من (ز).

(8) في (ز): (الثاني).

(9) في (ز): (مدة).

وَقَبَضَ إِنْ غابَ سَيِّدُهُ وإِنْ قَبْلَ مَحِلِّها[1]

الظاهر أن فاعل (قَبَضَ) هو الحاكم؛ أي: وقبض الحاكم الكتابة من المكاتب إن غاب سيده، ويخرج حرًا، وإن أتى بها المكاتب قبل حلول أجلها، فإنَّ له تعجيل ما عليه من الكتابة قبل حلول أجله، ولا كلام في ذلك للسيد حضر أم[2] غاب، ويلزمه قبولها عينًا كانت أو غيره، وليست كالديون التي لا يجب قبول ما كان منها غير عين من ثمن بيع.

ويجب قبول ما عداه؛ إذ ليست بدين ثابتٍ كما تقدم، وأيضًا فإن الأجل في الكتابة من حق العبد رفقًا به، فلذلك كان للحاكم قبضها إن غاب السيد ويخرج العبد حرًّا، ولا ينتظر السيد؛ إذ لا حجة له في ذلك.

قال في "المدونة": وإن أراد المكاتب تعجيل ما عليه وسيده غائب، ولا وكيل له على قبض الكتابة، فليرفع[3] ذلك إلى الإمام ويخرج حرًّا.اهـ[4].

وإذا كان له الدفع مع الغيبة قبل الأجل، فأحرى بعده، فلذلك غيَّ المصنف بـ(إِنْ).

وأصل[5] هذه المسألة في "المدونة": وللمكاتب تعجيل المؤجل من كتابته، ويلزم السيد أخذه وتعجيل العتق، وبذلك قضى عمر وعثمان.

قال ربيعة: لأنَّ[6] مرفق التأجيل للعبد خاصة، وإن عجلها وضع عنه كل خدمة وسفر اشترطه عليه.اهـ[7].

وكان حق المصنف أن يأتي بأصل المسألة، ويغيي بمسألة غيبة السيد.

---

(1) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (أَجَلِهَا).

(2) في (ز): (أو).

(3) في (ع2) و(ب): (فليدفع)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 282/2.

(5) في (ز): (وصل).

(6) في (ز): (لا).

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 279/2.

[مِمّا تُفْسَخ به الكتابة]

وَفُسِخَتْ إِنْ ماتَ -وَإِنْ عَنْ مالٍ- إِلَّا لِوَلَدٍ أَوْ غَيْرِهِ دَخَلَ مَعَهُ بِشَرْطٍ أَوْ غَيْرِهِ؛ فَتُؤَدَّى حَالَّةً، وَوَرِثَهُ مَنْ مَعَهُ فِي الكِتابَةِ فَقَطْ مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ

يعني: أن الكتابة تفسخ إن مات المكاتب، وإن مات عن مال يفي بالكتابة فأكثر، ويكون بعد موته بحكم الأرقاء بأن يكون ماله لسيده، ولا يورث عنه إلا إذا كان معه في كتابته[1]، ولد له، ذكرًا كان أو أنثى أو كان معه فيها غير ولد من أجنبي أو قريب.

وسواء دخلوا معه في الكتابة بالشرط بأن يكاتب على نفسه وعليهم، أو بغير شرط كالولد الذي حدث له بعد أن كاتب[2] من أمته، أو كالذي اشتراه / من أب أو ابن بعد [ز:754/أ] الكتابة بإذن سيده -على ما تقدم- فإنه إن[3] مات عن مال في هذه الصورة التي يكون معه في الكتابة أحد، وكان المال يفي بالكتابة، وهذا هو مراد المصنف.

ويعلم أن مراده أن هذا المال يفي بالكتابة قوله بعد: (وإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفاءً) فإن الكتابة تؤدَّى حالة، ويعتق فيها من بقي من المكاتبين، فإن بقي من المال شيء بعد أدائها ورثه مَنْ كان معه في الكتابة من أقاربه.

وقوله: (فَقَطْ)؛ أي: ولا يرث منه من لم يكن معه في الكتابة من أقاربه.

وقوله: (مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ)؛ أي: ولا يرثه من أقاربه الذين معه في الكتابة، إلا من كان يعتق عليه بالقرابة لو ملكه، فلا يرث منه عم ولا ابن عم، ولو كان معه في الكتابة؛ بل يأخذ السيد ما بقي بعد الكتابة إن لم يكن معه فيها قريب يعتق عليه، فمفعول (فُسِخَتْ) و(تُؤَدَّى) ضمير الكتابة، والضمير الفاعل بـ(ماتَ) والمخفوض بـ(مَعَ) في الموضعين، والمجرور بـ(عَلَى) عائد على المكاتب، والمخفوض بـ(غَيْر) الأولى عائدٌ على الولد، والمخفوض بالثانية عائد على الشرط.

و(مَنْ) في قوله: (مَنْ مَعَه) فاعل (وَرِثَ)، و(مِمَّنْ يَعْتِقُ) بيان لـ(مَنْ).

---

(1) في (ز): (كتابة).

(2) في (ب): (كانت).

(3) كلمتا (فإنه إن) يقابلهما في (ز): (فإن).

وقوله: (**إِلَّا لِوَلَدٍ**) الظاهر أن هذا الاستثناء من الفسخ، وما غيَّ به، وأنَّه متصل، ومضمون ما ذكر في هذا الفصل تكرر النصُّ عليه في "المدونة".

ونص قوله: (**وفُسِخَتْ إِنْ مَاتَ وإِنْ عَنْ مالٍ**) من "المدونة" قوله: قال ابن القاسم: وإن[1] ترك أم ولد لا ولد معها وترك مالًا فيه وفاء بكتابته، فهي والمال ملك للسيد.

ربيعة: وكذلك إن ترك ولدًا ثم مات الولد[2].

فقوله: (ملك للسيد) هو معنى فسخها، وإنما لم تعتق أم الولد هنا؛ لأنَّه لم يترك ولدًا[3] بعده يعتق في المال، فيعتق معه.

وقالوا[4] في قول ربيعة: إنَّه تفسير، وإنما يكون تفسيرًا[5] إذا مات الولد بإثرِ موت الأب، وقبل النظر في تركته، ونص قوله: (**إِلَّا لِوَلَدٍ**...) إلى (**بِشَرْطٍ**)، ومع قوله: (**فَتُؤَدِّى حَالَّةً**) منها قوله: وإن ترك المكاتب مالًا فيه وفاء بكتابته[6]، وترك أم ولد وولدًا منها أو من غيرها عتقت مع الولد فيه.اهـ[7].

فقوله: (وولدًا[8] منها أو من غيرها) ظاهره أن هذا[9] الولد دَخَلَ معه في الكتابة بشرط يدل عليه ما بعده من حديثه على الولد الذي حدث له في الكتابة.

ونص قوله: (**أَوْ غَيْرِهِ**) الأول، ومن ذلك الغير الأجنبي قوله فيها: وكذلك إن ترك معه في الكتابة أجنبيًّا، وترك مالًا فيه وفاء لكتابته[10]، فإنَّ كتابته تحل بموته

---

(1) في (ز): (إن).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 303/2.

(3) في (ز): (ولد).

(4) في (ب): (وقال).

(5) في (ز): (تفسير).

(6) في (ز): (لكتابته).

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 302/2.

(8) في (ز): (وولد).

(9) اسم الإشارة (هذا) زيادة انفردت بها (ز).

(10) في (ع2) و(ب): (بكتابته) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

ويتعجلها السيد، وليس لمن معه في كتابته من أجنبي أو ولد أخذ المال وأداؤه على النجوم إذا كان فيه وفاء يعتقون الآن به لما فيه من الغرر.اهـ[1].

فقوله في المسألة الأولى: عتقت[2] مع الولد فيه، وفي الثانية: تحل بموته، ويتعجلها السيد هو معنى قول المصنف: (فَتُؤَدَّى حَالَّةً)، فيؤخذ من ذلك المال ما يلزمه بالأصالة وبالحمالة؛ لأنَّ من مات فقد حلت ديونه، وكذلك الحميل؛ لقوله في كتاب الحمالة: إن مات الحميل أخذ الدين من ماله.

وليس للورثة أخذه من المتحمل عنه حتى يحل الأجل[3]، وإنما لم يجعلوا الكتابة تحل بالموت إن لم يكن[4] في المال وفاء؛ بل يعطى للولد لضرب من الاستحسان.

ونص قوله: (أَوْ غَيْرِهِ) الثاني مع قوله: (ووَرِثَهُ...) إلى آخره، قوله فيها: وإن ترك المكاتب ولدًا حدث[5] في كتابته ومالًا فيه وفاء بالكتابة وفضل، أخذ السيد منه الكتابة، وما بقي ورثه الذين معه في الكتابة على فرائض الله تعالى؛ لأنهم ساووه في أحكامه بعقد الكتابة في رقها[6] وحريتها، ولا يرث منه ولده الأحرار الذين[7] ليسوا معه في كتابته ولا زوجته وإن كوتبت معه[8].

ومرَّ في المسألة بفرضِ أمثلة يوافق حكمها ما ذكره المصنف إلى أن قال: ويرث[9] المكاتب ممن معه في[10] الكتابة من أقربائه الولد والأبوان والجدود

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 302/2.

(2) في (ز): (عتقه).

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 22/4 و23.

(4) في (ع2): (يك).

(5) كلمتا (ولدا حدث) يقابلهما في (ز): (ولد حد) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(6) في (ب): (عقدها).

(7) عبارة (ولده الأحرار الذين) يقابلها في (ز): (ولد الآخر أو الذين).

(8) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 303/2.

(9) كلمة (ويرث) يقابلها في (ز): (وإنما يرث).

(10) كلمة (في) ساقطة من (ز).

والإخوة دون أحرار ولده، ولا يرثه سواهم من عمٍّ أو ابن عم وغيرهم من عصبة ولا زوجة، وإن كانوا معه في الكتابة /. [ز:754ب]

وأصل هذا أنه لا يرثه ممَّن[1] معه في الكتابة، إلا من لو أدَّى عنه لم يرجع عليه إلا الزوجة، فإنها لا ترثه، ولا يرجع عليها.اهـ[2].

فقوله: ولا يرث منه ولده الأحرار الذين ليسوا معه في الكتابة هو مفهوم الظرف في قول المصنف: (فَقَطْ)، وقوله: (الوَلَدُ)، ومن عطف عليه هم الذين يعتقون على مالكهم وهم عمود النسب والإخوة، وقد تقدم.

واعلم أن المكاتب إن لم يترك وفاء بالكتابة فهو رقيق، وإن ترك وفاء بها، فقال الشافعي في جماعة: مات رقيقًا[3].

وقال أبو حنيفة وطائفة: مات حرًّا.

وقال مالك: مات مكاتبًا[4]، وجعله أصلًا في نفسه؛ لأخذه بالشبهة من كل طرف؛ لأنَّه يشبه الحر في أحكام، والعبد في أحكام أخرى، ومثله أم الولد، والنكاح الفاسد[5]، فإنهما أصلان بأنفسهما -أيضًا- لمشابهة أم الولد كلًّا من الحرة والأمة في أحكامهما.

والنكاح الفاسد[6] يُشبه النكاح الصحيح في أحكام، ويشبه الزنا في أخرى، وهذا النوع هو المسمَّى بحكمٍ بين حكمين، وبطريقٍ بين طريقين -أيضًا- وأصله قضية عبد بن زمعة.

قال بعض المحققين: وهو مما يدل على شرف[7] مذهب مالك، وقد قال مالك

---

(1) في (ب): (من).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 304.

(3) الأم، للشافعي: 8/81.

(4) من قوله: (فقال الشافعي) إلى قوله: (مات مكاتبًا) بنحوه في الاستذكار، لابن عبد البر: 7/377 و378.

(5) في (ز): (الفساد).

(6) في (ز): (الفساد).

(7) كلمة (شرف) ساقطة من (ز).

في غير موضع من "العتبية": الاستحسان[1] تسعة أعشار العلم[2].

قال أصبغ: ولا يكاد الإغراق في القياس يكون إلا مخالفًا للصواب[3].

واختُلِفَ على مذهب مالك فيمن يرث المكاتب، فالمشهور ما ذكَره المصنف، وهو نص "المدونة": إنه عمود النسب والإخوة.

وعن مالك: الولد والإخوة، وقال ابن نافع: الولد خاصة[4].

وقال ابن القاسم -أيضًا- وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ: من يرث الحر، وإن كانت الزوجة[5].

قال بعضهم: وهو مقتضى النظر بعد تسليم المذهب.

وقيل: من يرث الحر إلا الزوجة.

قال ابن رشد في "البيان": وهذا يظهر من "المدونة".اهـ.

وقال بعضهم: وعلى هذا القول، فالزوج مستثنى من القرابات مثلها.

واختار الباجي قول الشافعي[6].

وذكر ابن يونس عن ابن نافع أنه إنما[7] كان ميراثه للولد الذي معه في الكتابة خاصة للعمل؛ لأنَّ عبد الملك كتب بذلك إلى عامل مكة، وحكاه الشعبي عن ابن مسعود.

وقال مالك: إنه الأمر عندهم[8].

وقال ابن يونس -أيضًا-: إنما لم يرثه مَنْ ليس معه في الكتابة من ولده الأحرار؛

---

(1) كلمتا (العتبية: الاستحسان) يقابلهما في (ز): (العتبية من الاستحسان).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 155/4.

(3) قول أصبغ بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 387/5 منسوبًا إليه.

(4) قوله: (وعن مالك: الولد والإخوة، وقال ابن نافع: الولد خاصة) بنحوه في الخصال، لابن زرب، ص: 214.

(5) قوله: (وقال ابن القاسم...وإن كانت الزوجة) بنحوه في المنتقى، للباجي: 352/8.

(6) انظر: المنتقى، للباجي: 407/8.

(7) في (ب): (لما).

(8) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 136/6.

لأنَّه لم تتم حرمته[1]، فلا يرث الحر عبدًا، وكما لا يكون عليهم السعي إن مات أبوهم، ولم يترك وفاء كذا لا يكون لهم الفضل، وبذلك قضى عمر، وإنما لم يرثه السيد؛ لأنَّه لم يمت[2] عاجزًا، ولم ينحل العقد[3] الذي عقد له؛ إذ[4] ترك من يقوم بأداء الكتابة.

وانظر تمام كلامه، وما نقل من أن المكاتب إذا ارتد وقتل ومعه ولد في الكتابة، وترك وفاءً، فإنَّ الولد يعتق، ولا يرث ما فضل؛ بل يأخذه السيد لاختلاف الدينين[5].

وقال اللخمي: اختلف فيه، فلابن القاسم في كتاب محمد يعتق الولد، ولا يتبع بما ينوبه، ولا يرث الفضل، وله في "الدمياطية": يسعى فيما بقي عليه، ولا يتبع بما ترك أبوه[6].

وإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفاءً وَقَوِيَ وَلَدُهُ عَلَى السَّعْيِ سَعَوْا، وَتُرِكَ مَتْرُوكُهُ لِلْوَلَدِ إِنْ أَمِنَ كَأُمِّ وَلَدِهِ

يعني أنَّ المكاتب إذا مات ولم يترك[7] من المال ما يفي بالكتابة[8]، فإن لم يكن معه أحد فسخت الكتابة، وذلك بين مما تقدم، وإن كان معه أحد ولم[9] يترك شيئًا أصلًا فموته كالعدم على ما تقدم.

وإن ترك مالًا إلا أنه لا يفي بالكتابة، فإن كان الذي معه غير ولده قريبًا كان أو أجنبيًّا، فإن السيد يتعجَّل ذلك المال من الكتابة، ويسعى مَنْ بقي في باقيها، ولا

---

(1) في (ز): (حريته).

(2) كلمتا (لم يمت) ساقطتان من (ز).

(3) كلمتا (ينحل العقد) يقابلهما في (ز): (تنحل العقدة).

(4) في (ز): (أو).

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 133/6.

(6) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4027/7.

(7) كلمتا (ولم يترك) يقابلهما في (ع2) و(ب): (ويترك).

(8) كلمة (بالكتابة) يقابلها في (ز): (فلا كتابة).

(9) كلمة (ولم) يقابلها في (ب): (أو لم).

يمكنون منه يؤدونه نجومًا، وهذا الفرع لا يفهم من كلام المصنف.

لا يقال: يفهم من قوله: (وتُرِكَ مَتْرُوكُهُ لِلْوَلَدِ)، فإنَّ مفهومه أن غير الولد لا يترك له[1] متروكه؛ لأنَّه مفهوم ضعيف؛ لأنَّه أقرب لمفهوم اللَّقب منه لمفهوم[2] الصفة، فإنَّ الولد اسم جنس، وإن لوحظ فيه معنى الاشتقاق.

وإن كان الذي معه ولدًا، فإن لم يقو على السعاية تعجل السيد المال -أيضًا- ورق الولد، وهذا قد يفهم من كلامه بمقتضى مفهوم الشرط؛ لأنَّ قوله: (وَقَوِيَ) معطوف على الشرط كما قدَّمنا في نظيره.

فإن قلتَ: / لا يدل كلامه بالمفهوم إلا على أنه إذا لم يقو لم يترك له متروكه، وأما أنه يتعجله السيد ويرق الولد، فلا يدل عليه كلامه. [ز:755/أ]

قلتُ: نعم[3] إلا أنَّ هذا الحكم متعين، فإنَّه إذا لم يترك وفاء مات رقيقًا، والفرض أن ولده[4] لا يقوى على السعاية، فغايته مكاتب عجز فيرق، فيكون ماله لسيده إن شاء.

وإن قَوِيَ الولد الذي معه على السعي في أداء ما بقي من الكتابة -وهذا هو مراد المصنف بمنطوق كلامه- فإنَّ المال يبقى بيد الولد؛ ليؤدِّيه على النجوم التي اشترطت عليهم، ويسعى في باقيها إن كان مأمونًا على ذلك المال لا يخاف عليه أن يتلفه ويعجز.

وهذا معنى قوله: (إِنْ أَمِنَ)، ومفهوم الشرط يقتضي أنه إن[5] لم يؤمن لم يدفع إليه، وهو صحيح.

وقوله: (كَأُمِّ وَلَدِهِ) يحتمل وجهين:

أحدهما: أن[6] يتعلق بـ(سَعَوْا)، والمعنى: كما أن المكاتب إن لم يترك وفاءً،

---

(1) في (ع2): (به).

(2) عبارة (اللَّقب منه لمفهوم) ساقطة من (ز).

(3) كلمة (نعم) ساقطة من (ب).

(4) في (ع2): (الولد).

(5) في (ز): (إذا).

(6) كلمة (أن) ساقطة من (ع2).

وترك ولدًا يقوى على السعي، فإنَّه يسعى في خلاص نفسه، وإن لم يقو رُقَّ.

وكذلك[1] إن ترك ولدًا لا يقوى على السعي وترك معه أم ولد له -كانت أم الولد المتروك، أو أمًا لغيره- فإنها إن قويت على السعي على الولد وعلى نفسها، وكانت مأمونة على ذلك السعي، فإنها تترك تسعى، ولا ترجع هي وهم رقيقًا.

وإن لم يكن فيها قوة على السعي، أو كان ولم تكن مأمونة عليه، فإنها ترق مع الولد، وهذا الشرح هو الموافق لظاهر ما في كتاب المكاتب من "المدونة"[2].

الوجه الثاني: أن يتعلق به ويترك معًا، والمعنى: كما يترك المال الذي لا وفاء فيه لمن يقوى على السعي من ولد المكاتب بشرط أمنه عليه، ويؤديه نجومًا، ويسعى في الباقي؛ كذلك يترك ذلك المال لأم ولد المكاتب[3] إن تركها مع ولد لا[4] يقوى على السعي وكانت هي تقوى عليه، فتأخذ المال تؤدِّيه نجومًا، وتسعى في الباقي إن كانت مأمونة وإلا رُقَّت ورقوا.

وهذا الشرح يوافق ما في كتاب الجنايات من "المدونة"، وما نقل اللخمي عن ابن القاسم[5].

فإن قلتَ: هل يحتمل أن يكون معناه: كما يسعى مَنْ قوي من ولده على السعي إن لم يترك وفاء، ويترك له متروكه إن أمن، ولا تفسخ الكتابة؛ كذلك[6] تسعى أم ولده إن تركها وحدها وقويت ويترك لها ما ترك[7] إن أمنت[8].

قلتُ: هذا لا يصح بوجه؛ لقوله قبل: (**وفُسِخَتْ إِنْ ماتَ وإِنْ عَنْ مالٍ إلا لِوَلَدٍ**)،

(1) عبارة (يقو رقَّ، وكذلك) يقابلها في (ز): (يقوون كذلك).

(2) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 304/2.

(3) في (ع2): (للمكاتب).

(4) كلمة (لا) ساقطة من (ز).

(5) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4022/7 و4023.

(6) في (ب): (وكذلك).

(7) كلمة (ترك) ساقطة من (ز).

(8) في (ب): (أمن).

فمفهوم[1] الحصر يقتضي أنَّ المال لا يترك لغير الولد، وهو وإن لم يلتزمه لكنه صحيح.

فإنَّا ذكرنا من نصِّ "المدونة" هناك: إن ترك أم ولده[2]، ومالًا فيه وفاء؛ فهي والمال للسيد[3]، وإذا لم يعتق فيما فيه[4] وفاء، فأحرى فيما لا وفاء فيه.

وأيضًا أم ولده من ماله، ولم تدخل في الكتابة إلا تبعًا له أو لولده لما حصل لها من الحرمة، ولهذا -أيضًا- لا تسعى[5] في استخلاص نفسها إن بقيت وحدها، فلا يصح التشبيه بها وحدها لا[6] باعتبار إعطاء المال ولا باعتبار السعاية، ولا باعتبارهما معًا.

ولذا حسن أن ينص على سعيها حيث تكون[7] مع الولد بشرط أمْنها، فإنَّ سعيها لما كان ساقطًا بالأصالة؛ إذ ليست مكاتبة، وإنما هي مال مكاتب تعين ذكره هنا ليعلم حكمه في حقها بخلاف الولد، فإنَّ سعيَه ثابت بالأصالة؛ لكونه مكاتبًا فلا يحسن النصَّ عليه للعلم به.

فإن قلتَ: تبيَّن من شرحك لكلام المصنف فيما إذا ترك المكاتب ولدًا يقوى على السعي أن قوله: (إِنْ[8] أَمِنَ) شرطٌ في ترك متروكه له[9] لا في سعايته.

وهذا الذي ينبغي، فإنَّه إن كان قويًا على السعي، فالواجب عليه أن يسعى كغيره[10] من المكاتبين لا سيما إن دخل في الكتابة بمقتضى الشرط، وإن أراد أن

(1) في (ز): (مفهوم).

(2) في (ز): (ولد).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 303/2.

(4) كلمتا (فيما فيه) يقابلهما في (ز): (فيما لا فيه).

(5) في (ز): (يسعى).

(6) في (ز): (إلا).

(7) في (ز): (يكون)، وكلمتا (حيث تكون) يقابلهما في (ب): (حتى يكون).

(8) كلمة (إن) زيادة انفردت بها (ز).

(9) كلمة (له) ساقطة من (ب).

(10) في (ز): (لغيره).

يعجز نفسه كان كغيره[1] ممَّن تقدم حكمه، وحينئذ فالمقصود من المسألة: أن المكاتب إن لم يترك وفاء، وترك ولدًا يقوى على السعي، فإنَّه يمكن من متروك أبيه بشرط أمنه عليه.

وإذا كان هذا هو المقصود؛ لأنَّ حكم السعي معلوم من غير هذا الفصل، والأمن ليس شرطًا فيه؛ بل في قبض المال كان حق المصنف أن يقول: (وإن لم[2] يترك وفاء، وقوي ولده على السعي ترك[3] له متروكه إن أمن).

وما فائدة / زيادة (سَعَوْا)، وكيف يطابق المقصود ما شرحت به قوله: (كَأُمِّ وَلَد[4]) على الوجه الأول الموافق لما في الكتاب[5] من "المدونة"، وظهر -أيضًا- مما قررناه أنه لا معنى لإيقاعه الظاهر في قوله: للولد مقام مضمره، كما ذكرنا في إصلاح العبارة. [ز:755ب]

قلتُ: السؤال قوي، إلا أنه -والله أعلم- مرَّ على ما في كتاب الجنايات.

وما ذكر اللخمي -كما ترى- في النقل عنه، وزاد (سعوا) في حق الولد، وإن كان غير مقصود؛ ليركب عليه تشبيه[6] أم الولد به، فإن شرط الأمن معتبر فيها[7] في السعاية، وفي قبض المال وبعد هذا فالعبارة قلقة.

ونص "المدونة" فيما تضمنه كلامه بالنسبة إلى الولد منطوقًا ومفهومًا قوله: فإن لم يفِ[8] -يعني: المال الذي تركه المكاتب- ببقية الكتابة، فلولده الذين معه في الكتابة أخذه، إن كانت لهم أمانة وقوة على السعاية، ويؤدون نجومًا[9].

---

(1) في (ع2) و(ب): (لغيره)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) كلمة (لم) زيادة انفردت بها (ز).

(3) كلمة (ترك) ساقطة من (ز).

(4) في (ز): (ولده).

(5) في (ز): (الكتابة).

(6) في (ز): (تركيب).

(7) في (ز): (فيهما).

(8) عبارة (فإن لم يف) ساقطة من (ب).

(9) كلمة (نجومًا) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

قال سليمان بن يسار: فإن لم يكن الولد مأمونًا؛ لم يدفع إليه شيء.

قال ابن القاسم: ولا يدفع ذلك المال[1] لمن معه في الكتابة غير الولد من قريب أو أجنبي، وليتعجله السيد من الكتابة ويسعوا في بقيَّتها.اهـ[2].

فقوله: (فإن لم يفِ...) إلى قوله: (نجومًا) هو منطوق كلام المصنف.

وقول ابن يسار وفاق، وهو مقتضى مفهوم الشرط في قوله: (إِنْ أَمِن)، وقوله: (ولا يدفع[3]) هو مقتضى[4] مفهوم قوله: (الوَلَد) على ضعفه.

ثم قال في "المدونة": وقال ربيعة: لا يدفع المال إلى ولد ولا غيره، وإن كانوا ذوي قدرة[5] وأمانة؛ إذ ليس لهم أصله، وهو لا يؤمن عليه التلف إذا كان بأيديهم، وليتعجله[6] السيد، ويقاصهم به من آخر كتابتهم، وإن كانوا صغارًا لا قوة فيهم على السعي، فهم رقيق وذلك المال للسيد.اهـ[7].

وقوله: (وإن كانوا صغارًا) هو مفهوم قوله: (وقَوِي)، ونصها في[8] "التهذيب" فيما ذكر في أم الولد: وإذا مات المكاتب وترك أم الولد[9]، وولدًا منها أو من غيرها ولم يدع مالًا، سعت مع الولد، أو سعت عليهم إن لم يقدروا، وقويت هي على السعي، وكانت مأمونة عليه.اهـ[10].

فأنت ترى إنما اشترط الأمن في سعيها لا في قبضها المال؛ بل فرض المسألة مع عدم المال.

---

(1) في (ز): (إلا).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 302/2.

(3) ما يقابل كلمتي (ولا يدفع) غير قطعي القراءة في (ز).

(4) كلمة (مقتضى) ساقطة من (ب).

(5) كلمتا (ذوي قدرة) يقابلهما في (ب): (ذوو قربة).

(6) في (ب): (وليتعجلهم).

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 302/2 و303.

(8) في (ز): (من).

(9) في (ب) و(ز): (ولده)، وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(10) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 302/2.

ولا يقال: معناه: ولم يدع مالًا يفي بالكتابة، فحذف الصفة للعلم، فإنَّ الأصل عدم الحذف، ولا دليل عليه، وهذا هو الذي يعطيه لفظ "الأم".

لا يقال: لعل المصنف زاد (سَعَوْا)؛ ليكون قوله: (كَأُمِّ وَلَدِهِ) راجعًا إليه، ويكون قوله: (وَترك للولد متروكه إن أمن) جملة اعتراضية؛ لأنَّا نقول: هذا التقدير فاسد؛ لأنَّ شرط الأمن حينئذ يختص بترك المتروك، ولا يرجع إلى السعي فيعطي كلامه أنها تسعى مع الولد، وإن لم تؤمن[1] على السعي، وهو خلاف المنصوص كما رأيت.

وأما كلام اللخمي الذي يوافق الشرح الثاني، فذلك قوله: إذا مات المكاتب عن مال لا وفاء فيه، ومعه في الكتابة ولد أو غيره، ففي سعي من بقي[2] في الكتابة بذلك المال ثلاثة أقوال:

قول ابن القاسم: يسعى به الولد خاصة إن قوي وأمن، فإن لم يؤمن، أو لم يقو؛ فأم الولد، فإن لم تؤمن أو لم تقو أَخَذَه السيد.

فإن كان فيه ما يؤدي إلى بلوغ الولد السعي لم يعجز الولد، وإلا فإن كان في ثمن[3] أم الولد ما يؤدي إلى بلوغه السعي بيعت، ولم يعجز -أيضًا- وإلا عجز[4].

وهذا معنى ما في كتاب الجنايات سواء، قال فيه: وإذا[5] مات مكاتب، وترك ولدًا لا سعاية فيهم؛ رقُّوا مكانهم، إلا أن يكون فيما ترك ما يؤدي عنهم نجومهم إلى أن يبلغوا السعي، فيفعل ذلك بهم[6]، أو يترك ولدًا[7] ممن يسعى فيدفع المال إليهم، فإن لم يقووا ومعهم أم ولد للأب؛ دفع إليها المال إن لم يكن فيه وفاء، ولها أمانة[8] وقوة على السعي.

---

(1) في (ز): (يؤمن).

(2) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (يسعى)، وما وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) كلمتا (في ثمن) يقابلهما في (ع2) و(ب): (ثمن في) بتقديم وتأخير.

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4022/7.

(5) في (ز): (إذا).

(6) في (ز): (لهم).

(7) في (ز): (ولد).

(8) في (ز): (أمنة).

فإن لم يكن فيها ذلك، وكان في المال مع ثمنها إن بيعت كفاف الكتابة؛ بيعت وأدِّيت[1] الكتابة، وعتق الولد أو يكون[2] في ثمنها مع المال ما يؤدي إلى بلوغ الولد السعي، فإن لم يكن[3] ذلك رقُّوا أجمعون مكانهم.اهـ[4].

وقد يقال: إن[5] معنى ما في الموضعين واحد، / ويقيد كل واحد بما في الآخر، ويدلك على هذا أنه لم يشترط أمانة الولد في كتاب الجنايات باعتبار دفع المال إليه، وشرطه في كتاب المكاتب، فكذا -أيضًا- يقيد[6] عدم ذكره دفع المال إلى أم الولد -كما في المكاتب[7]- بما ذكر من دفعه إليها كما في الجنايات. [ز:756/أ]

فتلخص من هذا أن شرط الأمن معتبر في السعي، وفي دفع المال في الولد، وفي أم الولد.

ثم قال اللخمي: وقال أشهب: يسعى به مَنْ بقي في الكتابة، وإن كان أخًا أو أجنبيًّا.

وقال ربيعة: السيد أحق به، وعلى قول مالك: يأخذه السيد إن بقي غير الولد، فهل يحسب[8] لهم من آخر النجوم كما قال في كتاب الجنايات، أو من أولها كما قال ابن القاسم في كتاب محمد، قولان، ثم ذكر ما اختار هو، فانظر تمامه في كلامه[9].

وَإِنْ وُجِدَ العِوَضُ مَعِيبًا، أَوِ اسْتُحِقَّ مَوْصُوفًا كَمُعَيَّنٍ، وَإِنْ بِشُبْهَةٍ لَهُ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ

هذا الكلام كذا وجدته في بعض النسخ، فإن كان قوله: (وَإِنْ وُجِدَ) معطوفًا على

---

(1) في (ب): (ودية).

(2) كلمتا (أو يكون) يقابلهما في (ع2) و(ب): (ويكون)، وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) كلمة (يكن) ساقطة من (ز).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 374/4.

(5) كلمة (إن) ساقطة من (ب).

(6) في (ز): (مقدم).

(7) في (ز): (الكتابة).

(8) في (ز): (يكسب).

(9) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4025/7 و4026.

(إِنْ) في قوله: (وفُسِخَتْ إِنْ ماتَ) فيكون[1] المعنى أن الكتابة تفسخ -أيضًا- إن وجد السيد العوضَ الذي[2] كاتب عبده عليه معيبًا أو استحق ذلك العوض من يده، وقد كان كاتبه عليه موصوفًا في ذمة العبد أو استحق من يده[3]، وقد كان كاتبه عليه معينًا، وهو[4] معنى قوله: (كَمُعَيَّنٍ)، وفسخ الكتابة لاستحقاق العوض الموصوف والمعين يثبت وإن ملك المكاتب هذا العوض بوجه شبهة، وأحرى أن يثبت إذا ثبت أن ذلك العوض لا شبهة له فيه؛ بل سرقه أو غصبه، ولهذه الأحروية غيَّ بقوله: (وَإِنْ بِشُبْهَةٍ لَهُ) والضمير للمكاتب؛ أي: وإن ثبت كون ذلك العوض للمكاتب بوجه شبهة؛ لئلا يقال: إن كان في يده بشبهة فهو معذور، فلا تفسخ الكتابة؛ بل يعود مكاتبًا.

وقوله: (إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ) على هذا معناه أن فسخ الكتابة لعيب[5] العوض، أو استحقاقه موصوفًا أو معينًا إنما هو إذا لم يكن للمكاتب مال.

وأما إن كان للمكاتب مال فإنَّه يبقى مكاتبًا، ويرجع عليه بمثل العوض إن كان موصوفًا، وبقيمته إن كان معينًا، فقوله: (إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ) شرط في فسخ الكتابة في هذه الصورة.

ثم هذا الكلام على مقتضى هذا الشرح مخالفٌ للمذهب، فإنَّ النصوص على ما تراه متظافرة على أن الكتابة لا تفسخ لعيب العوض أو استحقاقه، ويرجع مع ذلك إلى مثل العوض، أو قيمته على ما قسمناه[6] في الشرح، وهو تقسيم وتحرير لحصته بعد[7] تتبع النصوص، ولم أره لغيري، ويعود العبد مكاتبًا إن لم يكن له مال.

وأما إن كان له مال، فإنَّ عتقه يمضي ويرجع عليه بما ذكر، فالكتابة لا تفسخ

---

(1) في (ز) و(ع2): (ويكون).

(2) في (ب) و(ع2): (للذي).

(3) عبارة (وقد كان كاتبه... استحق من يده) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

(4) في (ز): (وهذا).

(5) في (ز): (بعيب).

(6) في (ز): (قسمنا).

(7) كلمة (بعد) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

على كل حال، وإنما[1] الذي يفسخ -إن لم يكن له[2] مال- هو[3] العتق الذي حصل له بدفعه العوض المستحق على قول مالك، وابن القاسم وابن نافع: إن غرَّ سيده بما لا شبهة له فيه.

وأما على قول أشهب؛ فيتبع به دينًا، ويمضي عتقه[4].

وعلى هذا[5] فالحكم الذي ذكر عكس الحكم، فلو قال: (لا إن وجد...) إلى آخر ما قال؛ لكان أولى، ولعله كذلك كان، وجعلت الواو مكان (لا)، ثم ولو كانت العبارة كذلك لما كان لقوله: **(وإِنْ بِشُبْهَةٍ لَهُ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ)** فائدة؛ لأنَّ الحكم عدم فسخ الكتابة؛ كان[6] له في العوض شبهة أو لا، كان له مال أو لا، وإصلاح عبارته مع الاختصار إن قصد ذكر ما لا تفسخ معه الكتابة على عادته في مثله أن يقول: (لا بعيب[7] عوض أو استحقاقه).

فإن قلتَ: ما ذكرتَ من مخالفة هذا الحكم للنصوص هو كذلك، إلا أنَّه ظاهر في الفقه، فإنَّه إن لم يكن له مال بعد تعيب العوض أو استحقاقه تبيَّن عجزه، فتفسخ الكتابة، وربما يساعده ما في "المدونة" حين[8] قال مالك: إذا أدَّى كتابته وعليه دين إن علم أن[9] ما دفع من أموال الغرماء، فلهم أخذه من السيد.

قال ابن القاسم: ويرجع رقًّا[10]، فظاهر قول ابن القاسم هذا فسخ الكتابة، ولا

---

(1) في (ز): (وأما).

(2) كلمة (له) ساقطة من (ب).

(3) في (ز): (وهو).

(4) من قوله: (وأما إن كان له) إلى قوله: (ويمضي عتقه) بنحوه في تحبير المختصر، لبهرام (بتحقيقنا): 491/5.

(5) كلمتا (وعلى هذا) يقابلهما في (ع2) و(ب): (وهذا)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(6) في (ز): (لأن).

(7) في (ز): (لعيب).

(8) كلمة (حين) ساقطة من (ز).

(9) كلمة (أن) ساقطة من (ع2).

(10) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 282/2.

فرق بين الاستحقاق ودين الغرماء، فإنَّه كله / دين على المكاتب، ولذلك[1] [ز:756ب] قال ابن الحاجب[2]: أمَّا لو غره بما لا شبهة له فيه رُدَّ عتقه، وكذلك لو أعطى مال الغرماء[3].

وقد تتأول[4] النصوص التي لا تقتضي فسخ الكتابة مع عيب العوض أو استحقاقه على ما إذا كان للمكاتب مال، وأما إن لم يكن له مال، فإنها تفسخ[5] للعجز، فيكون كلام المصنف مقيدًا لها.

قلتُ: لا نسلم أن ما ذكر ظاهر في[6] الفقه، فإنَّه لا يلزم من كون المكاتب لا مال له أن يعجز فتفسخ الكتابة؛ بل قد يكون مَنْ لا مال له قويًا على السعي، فلا تفسخ كتابته.

وما ذكرت من مساواة الاستحقاق لدين المكاتب، فهو[7] كذلك، ولكن ابن يونس قال مفسرًا لقول ابن القاسم: ويرجع رقًا؛ يريد: مكاتبًا[8].

وأما ما ذكرت من تأويل النصوص بمن[9] له مال، فمردود بنصِّ ابن نافع وغيره على عود من لا مال له بعد استحقاق عوضه مكاتبًا.

وأما من له مال، فلا يرد عتقه، ويتبع بما ذكر.

ورأيت[10] في بعض النسخ بدل ما شرحنا -(وإن وجد العوض معيبًا، فمثله[11]

---

(1) في (ز): (وكذلك).

(2) عبارة (قال ابن الحاجب) ساقطة من (ب).

(3) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 794/2.

(4) في (ب): (يتناول).

(5) كلمتا (فإنها تفسخ) يقابلهما في (ب): (فتفسخ).

(6) كلمة (في) زيادة انفردت بها (ز).

(7) في (ز): (هو).

(8) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 81/6.

(9) في (ز): (لمن).

(10) في (ز): (ورأيته).

(11) في (ب): (مثله).

أو استحق موصوفًا فقيمته[1])-: (كمعين إن بشبهة له، وإن لم يكن له مال اتبع به دينًا)، وهذا الكلام أقرب إلى الاستقامة وموافقة النقل؛ إلا أنَّ قوله في المستحق إذا كان موصوفًا: يرجع فيه بالقيمة ليس كذلك؛ بل إنما يرجع في[2] الموصوف بالمثل -كما قدمنا- في العيب والاستحقاق.

ويجب أن يقيد قوله في المعيب: (فمثله) بما إذا كان موصوفًا، وأما إن كان معيبًا[3]، فإنَّ الرجوع فيه بالقيمة.

ومعناه أن المكاتب إن أدَّى العوض الذي كوتب عليه، وعتق فألفى السيد العوض معيبًا، فإنَّ عتقه يمضي ويرجع السيد على المكاتب بمثل ذلك العوض.

ولا فرق في هذا العوض بين كونه من ذوات الأمثال، أو ذوات القيم؛ لأنَّ عوض الكتابة لما كان في الذمة أشبه المسلم فيه، والمسلم فيه[4] إذا ظهر به[5] عيب رجع على المسلم إليه بمثله؛ لأنَّه غير معين، وإن أدَّى المكاتب العوض الذي كوتب[6] عليه.

وكان ذلك العوض الذي كاتب عليه موصوفًا، فعتق[7] -أيضًا- ثم استحق ذلك العوض من يد السيد، فإنَّ عتقه يمضي ويرجع السيد عليه بقيمة العوض، وكذا إن كان العوض معينًا[8]، فاستحق بعد أدائه، وعتق المكاتب، فإنَّ العتق[9] يمضي ويرجع السيد بالقيمة وإلى هذا أشار بقوله: (كَمُعَيَّنٍ)؛ أي: كما يرجع في المعين

---

(1) في (ز): (بقيمته).

(2) كلمة (في) ساقطة من (ز).

(3) في (ب): (معينا).

(4) كلمتا (والمسلم فيه) زيادة انفردت بها (ع2).

(5) في (ز): (منه).

(6) في (ز) و(ب): (كاتب).

(7) في (ز): (يعتق).

(8) في (ب): (معينًا).

(9) في (ز): (عتقه).

بالقيمة يرجع في الموصوف بالقيمة[1]، وكأنه إشارة[2] إلى قياس الموصوف على المعين، وفيه بحث.

وقوله: (وَإِنْ بِشُبْهَةٍ لَهُ) تقدم معناه، وهو شرط في مُضِيِّ العتق، والرجوع بالقيمة في استحقاق الموصوف والمعين، ولا يرجع إلى المعيب؛ لأنَّه لم يزل على ملك المكاتب.

ومفهوم الشرط يقتضي أن هذا العوض المستحق إن لم يكن فيه شبهة ملك للمكاتب، فإن عتقه لا يمضي، ويعود العبد مكاتبًا، وهذا هو قول مالك، ورواية أشهب وابن نافع عنه في القطاعة.

وقال به[3] ابن القاسم وغيره، ولا فرق بين القطاعة والكتابة[4].

وقوله: (وَإِنْ لَمْ...) إلى آخره؛ أي: وإن لم يكن مال للمكاتب[5] الذي تعين الرجوع عليه بالمثل في صورة العيب، وبالقيمة في صورة الاستحقاق، وملك للعوض في صورة[6] الاستحقاق بشبهة، فإنَّه يتبع[7] بالمثل أو القيمة دينًا في ذمَّته ولا يرجع مكاتبًا؛ لأنَّ عتقه قد تم، وهو معذور فيما ملك بشبهة[8].

وأما من لا شبهة له في العوض، فإن عتقه لا يمضي؛ لأنَّه لا يعتق بالباطل[9] كما قال مالك، ويعود مكاتبًا[10].

---

(1) عبارة (يرجع في الموصوف بالقيمة) ساقطة من (ب).

(2) في (ز): (أشار).

(3) كلمة (به) ساقطة من (ز).

(4) من قوله: (ومفهوم الشرط يقتضي) إلى قوله: (بين القطاعة والكتابة) بنحوه في التوضيح، لخليل (بعنايتنا): 421/8.

(5) كلمتا (مال للمكاتب) يقابلهما في (ز): (على المكاتب).

(6) كلمتا (للعوض في صورة) يقابلهما في (ز): (العوض بصورة).

(7) كلمة (يتبع) ساقطة من (ب).

(8) في (ز): (الشبهة).

(9) في (ع2): (بالبطل).

(10) قوله: (لأنَّه لا يعتق...ويعود مكاتبًا) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 83/6.

ونص مسألة العيب من "المدونة": وإن كاتبه[1] على عبد موصوف، فعتق بأدائه، ثم ألفاه السيد معيبًا فله رده، ويتبعه بمثله إن قدر، وإلا كان عليه دينًا، ولا يرد العتق، وكذلك [إن][2] نكحت امرأة على عبد موصوف، فألفته معيبًا بعد قبضه، فلها رده وأخذ مثله[3].

ونصُّ مسألة استحقاق العوض الموصوف، والرجوع فيه بالمثل، واستحقاق المعين والرجوع فيه بالقيمة -كما ذكر المصنف أن الرجوع في الموصوف[4] بالقيمة أيضًا- وكله من النوادر:

قال ابن حبيب: قال أصبغ: قال ابن القاسم: ومن كاتب عبده على عبد موصوف، أو قاطعه عليه وهو مكاتب، أو رق ثم استحق، / أو وجد به عيب فردَّه، فليرجع بمثله، ولا يرد عتق المكاتب أو العبد، ولو كان بعينه رجع بقيمته ولم يرد العتق.اهـ[5]. [ز:757/أ]

ومثل هذا في النوادر في العتق عن ابن القاسم، وأشهب في العبد يعتقه سيده على جارية فتستحق، فجعل الرجوع بالمثل[6] إن كان موصوفًا في العيب والاستحقاق، وبالقيمة إن كان معينًا فيهما[7].

فإن قلتَ: ظهر بما ذكرت من نصِّ النوادر، ومن ظاهر[8] "المدونة" وجوب تقييد الرجوع بالمثل في العيب بما إذا كان العوض موصوفًا -كما ظهر بنص النوادر- والرجوع[9] بالقيمة مع[10] الاستحقاق في المعين

(1) في (ز): (كانت).
(2) كلمة (إن) زيادة من تهذيب البراذعي.
(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 274/2.
(4) في (ز): (الوصف).
(5) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 117/13.
(6) في (ز): (بالمال).
(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 464/12.
(8) كلمتا (ومن ظاهر) يقابلهما في (ع2): (وظاهر).
(9) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (الرجوع)، ولعل ما أثبتناه أصوب.
(10) في (ز): (في).

وما ذكر المصنف في الاستحقاق موافق لإطلاق[1] "المدونة" حسبما ذكر في القطاعة، ولا فرق بينها[2] وبين الكتابة -كما قدَّمت- ونصه فيها: قال أشهب، وابن نافع عن مالك في مكاتب قاطع سيده فيما بقي عليه على عبد دفعه إليه، فاعترف العبد مسروقًا: فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد.

قال ابن نافع: فإن لم يكن له مال عاد مكاتبًا، وقال أشهب: لا يرد عتقه؛ إذ تمت حريته[3]، ويتبع بذلك.اهـ[4].

ولم يفصل في العبد بين كونه معينًا أو موصوفًا، ومثل هذا النص ذكر سحنون[5] عنهما في "العتبية" سواء[6].

قلتُ: بل الظاهر أنه عبد عند المكاتب كما نقله ابن حبيب، وابن المواز حسبما في النوادر في المسألة التي اختلف فيها قول ابن القاسم[7]، وأيضًا الأخذ بالمفسر أولى من الأخذ بالمبهم من مطلق أو غيره.

ولو سلمنا أنَّ في المسألة قولين لكن الأخذ بمذهب ابن القاسم أولى كما نقل عنه ابن حبيب -كما قدَّمنا- وابن المواز -أيضًا[8]- ومع[9] أنَّه الظاهر في القياس، فإنَّ عوض الكتابة -كما ذكرنا- كالشيء المسلم فيه إنما يكون في الذمة إلا إذا عين، وبهذا الذي قرَّرنا من استواء العيب والاستحقاق فيما يرجع به يرتفع ما يتوهم من شغف[10] طلب الفرق بين قولهم في العيب: يرجع بالمثل، وفي الاستحقاق: يرجع

---

(1) كلمة (لإطلاق) ساقطة من (ز).

(2) في (ع2) و(ز): (بينهما).

(3) في (ع2) و(ب): (حرمته) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 282/2.

(5) كلمتا (ذكر سحنون) يقابلهما في (ع2) و(ز): (ذكر عن سحنون) وما اخترناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(6) قوله: (ومثل هذا النص... العتبية سواء) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 117/13.

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 117/13.

(8) كلمة (أيضًا) ساقطة من (ز).

(9) في (ب): (مع).

(10) في (ع2) و(ب): (شغب).

بالقيمة؛ إذ معنى قولهم في العيب: يرجع بالمثل[1]؛ إن كان العوض أولًا موصوفًا غير معين.

ومعنى قولهم: يرجع بالقيمة في الاستحقاق؛ إن كان العوض معينًا غير موصوف.

وذكر ابن رشد الاتفاق على ما إذا قاطعه على عبد موصوف، ثم استحق أنه يرجع بقيمته[2]، وهو خلاف ما ترى من نقل النوادر.

ونص المفهوم الذي تضمَّنه قوله: (إِنْ بِشُبْهَةٍ لَهُ) -من أنه إن كان العوض الذي استحق لا شبهة[3] ملك للمكاتب فيه، فإنَّه يرد عتقه ويبقى مكاتبًا- قوله في "المدونة": وقالا عن مالك -يعني: أشهب وابن نافع-: وإن قاطعه على وديعة أودعت عنده فاعترفت رد عتقه.

قال ابن القاسم وابن نافع[4] وغيره: وإن غرَّ[5] سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك، رد عتقه، وإن تقدمت له فيه شبهة ملك، مضى عتقه واتبع بقيمة ذلك دينًا.اهـ[6].

وقال ابن يونس في قوله: (رد عتقه) يريد: ويرجع مكاتبًا.اهـ[7].

وقال مالك في "العتبية"في كتابته[8] بوديعة عنده[9]: أيعتق المكاتب هكذا بالباطل لا يؤخذ الحق بالباطل؟

---

(1) عبارة (وفي الاستحقاق يرجع بالقيمة... يرجع بالمثل) ساقطة من (ع2).

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: 223/15.

(3) في (ز): (بشبهة).

(4) كلمتا (وابن نافع) ساقطتان من (ب).

(5) في (ز): (عجز)، وفي (ع2) و(ب): (عد)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 282/2.

(7) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 84/6.

(8) في (ع2): (كتابة).

(9) في (ز): (عبده).

قال ابن يونس: فإن قيل: لم لا يرجع بقيمة[1] الكتابة التي قاطعه عليها، كمن أخذ من دينه عرضًا، ثم استحق أنه يرجع بدينه؟

قيل: الكتابة ليس بدين ثابت؛ لأنها تارة تصح وتارة لا تصح، فأشبهت ما لا عوض له معلوم من خلع أو نكاح بعرض يستحق أنه يرجع بقيمته[2].

ولم يتعرض المصنف لذكر أحكام المكاتب يؤدي وعليه دين، فتركناها متابعة له[3].

وَمَضَتْ كِتابَةُ كَافِرٍ لِمُسْلِمٍ، وَبِيعَتْ كَأَنْ أَسْلَمَ، وَبِيعَ مَعَهُ مَنْ فِي عَقْدِهِ

يعني أن الكافر إذا كاتب عبدًا مسلمًا كان عنده أو اشتراه، فإنَّ عقد كتابته إياه يمضي، ويجبر على بيع كتابته من مسلم، كما يصح شراؤه إياه على ظاهر "المدونة"، ويجبر على بيعه.

وقوله: (**كَأَنْ أَسْلَمَ**)؛ أي: تباع كتابة المسلم الذي كاتبه كافر، كما تباع كتابة من أسلم من مكاتب عقد له الكافر الكتابة وهو كافر مثله، ثم أسلم المكاتب، فإن كتابته تباع من مسلم -أيضًا- وإنما / بيعت في الصورتين من مسلم؛ لأنَّ المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم، والمسلم لا يكون ملكًا لكافر. [ز:757ب]

وقوله: (**وَبِيعَ مَعَهُ مَنْ فِي عَقْدِهِ**)؛ أي: وإذا أسلم أحد مكاتبي الكافر وبيعت كتابته من مسلم، فإنَّه يباع[4] معه كل من دخل معه في عقد تلك الكتابة؛ لأنَّ حكمَهم التضامن فيما بينهم كما تقدم.

ونصُّ ما تضمنه قوله: (**وَمَضَتْ...**) إلى قوله: (**أَسْلَمَ**) من "المدونة" مع ما اتصل بذلك من حكم الولاء الذي ذكره[5] المصنف في غير هذا الباب: وإذا كاتب النصراني عبدًا مسلمًا ابتاعه أو كان عنده أو أسلم مكاتب له، فإن كتابتَه تباع من

---

(1) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (بباقي)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(2) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 84/6.

(3) كلمة (له) ساقطة من (ز).

(4) في (ز): (تباع).

(5) في (ز): (ذكر).

مسلم، فإن عجز كان رقًّا لمشتري الكتابة.

وإن أدَّى وعتق كان ولاء الذي كوتب -وهو مسلم- للمسلمين دون مسلمي ولد سيده، ولا يرجع إليه ولاؤه إن أسلم.

وأما الذي أسلم بعد الكتابة فولاؤه لمن يناسب سيده من[1] المسلمين من ولد أو عصبة، فإن لم يكونوا فولاؤه لجميع المسلمين، ثم إن أسلم سيده رجع إليه ولاؤه؛ لأنَّ ولاءه قد كان ثبت له حين عقد كتابته، وهو على دينه[2].

ونص قوله: (وبِيعَ...) إلى آخره، قوله فيها[3]: وإذا أسلم أحد مكاتبي الذمي، وهما في كتابة واحدة بيعت كتابتهما جميعًا.اهـ[4].

وانظر هل[5] يجزئ هنا ما تقدم من قول الغير في الكافر يدبر عبده الذي أسلم (أنه يعتق عليه) وتعليله بقوله: (لأنَّه منعنا من بيعه عليه بالتدبير) لأنَّ[6] مثله ناهض هنا؛ لأنَّه[7] يقول: منعنا من بيعه عليه بالكتابة، إلا أن[8] يفرق بأن المكاتب إذا بيعت كتابته انتقل ملكه عن البائع إلى المشتري، والمدبر وإن بيعت خدمته لم ينتقل عن ملك[9] البائع؛ لأنَّه يترقب فيه موته، فيعتق من الثلث -كما تقدم- وانظر هل يجزئ هنا ما تأول ابن أبي زمنين هناك من فسخ البيع والتدبير[10].

وقال اللخمي: اختلف إذا كاتبه وهو نصراني ثم أسلم العبد، ففي "المدونة" تباع كتابته، وفي "مختصر المبسوط" لإسماعيل القاضي: يباع عبدًا.

---

(1) كلمة (من) ساقطة من (ع2).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 292/2.

(3) كلمة (فيها) ساقطة من (ب).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 292/2.

(5) كلمتا (وانظر هل) يقابلهما في (ز): (وانظرها).

(6) في (ع2) و(ب): (لأنه).

(7) في (ز): (بأن).

(8) كلمتا (إلا أن) يقابلهما في (ب): (أن لا).

(9) في (ز): (ملكه).

(10) قول ابن أبي زمنين في التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1308/3 منسوبًا إليه.

وقال أيضًا: اختلف إن كاتب النصراني عبده النصراني[1] ثم أراد الرجوع، فقال ابن القاسم: له ذلك، وليس من التظالم.

وقال سحنون عن بعض الرواة: ليس له ذلك، وهو من التظالم، واختار هو إن كوتب على مثل الخراج، فهو من العتق وله[2] الرجوع فيه، وإن كان على أكثر فهو من البيع فلا رجوع، وكذلك اختار في المسألة التي قبلها[3]، ولابن يونس في ذلك طريقة أخرى فانظرها[4].

وقال ابن شاس: إن اشترى عبدًا مسلمًا، فكاتبه؛ لم تصح على إحدى الروايتين؛ بل يفسخ العقد، ولو كاتبه ثم أسلم بِيعت من مسلم[5].

وأطلق ابن الحاجب القولين في كتابة الكافر للمسلم[6].

وفي المعونة[7]: إن أسلم مكاتبه بِيعت من مسلم، ولا تباع رقبته لما فيه من عقد الحرية.

وقال شيخنا أبو القاسم: يتخرج فيه رواية بجواز بيع رقبته كقوله في أم ولده تسلم وحرمتها أعلى.

وقال ابن الماجشون: يقال[8] للمكاتب إن أسلم: إن أديت الكتابة ناجزًا[9] عتقتَ وإلا بيعت رقبتُك.

وقال إسماعيل بن إسحاق: مطالبته بأدائها حالة ظلم لا يلزمه. انتهى[10]، فتأمل هذه الأنقال.

---

(1) كلمتا (عبده النصراني) ساقطتان من (ب).

(2) في (ع2) و(ز): (فله).

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4007/7.

(4) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 103/6.

(5) عقد الجواهر، لابن شاس: 1205/3.

(6) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 796/2.

(7) في (ز): (العتبية).

(8) في (ب): (ويقال).

(9) في (ب): (عاجزا).

(10) المعونة، لعبد الوهاب: 390/2.

وكَفَّرَ بِالصَّوْمِ

يعني: أن المكاتب ليس له أن يفعل من أنواع الكفارات إن ترتبت عليه شيء منها إلا الصوم خاصة فلا يكفر بعتق؛ لأنَّ عتقه مردود -كما تقدَّم- ولا بالإطعام[1]؛ لأنَّ الكفارات المالية راجعة إلى التبرعات، وإن كانت لازمة؛ لأنَّ التبرع قد يلزم بالتزام المرء إياه، والمكاتب ممنوع من التبرع -كما تقدم- ولأنَّه عبد ما بَقِيَ عليه درهم.

وقال في "المدونة": وإذا تظاهر العبد فليس عليه إلا الصوم[2]، وتمامه في الظهار.

وأيضًا يكفر بالصوم؛ لأنَّه شبيه بإقراره بما يلزمه في بدنه[3]، فيلزمه التكفير، والعتق، والإطعام كإقراره بمال[4] من غير عوض، فلا يلزمه / -كما تقدَّم- وكان حقه أن يذكر هذا الفرع عند قوله: (ولِلْمُكاتَبِ بِلا إِذْنٍ) وهو الفصل الذي ذكر فيه ما للمكاتب فعله، وما ليس له أو[5] يستغني عنه بما ذكر في الظهار[6]. [ز:758/أ]

[مما يقع لغوًا في شروط الكتابة]

واشْتِراطُ وَطْءِ المُكَاتَبَةِ، وَاسْتِثْناءُ حَمْلِها أَوْ ما يُولَدُ لَها، أَوْ ما يُولَدُ لِمُكَاتَبٍ مِنْ أَمَتِهِ بَعْدَ الكِتابَةِ، أَوْ قَلِيلٍ[7] كَخِدْمَةٍ بَعْدَ وَفَاءٍ[8]؛ لَغْوٌ

يعني أن السيد إذا اشترَط على مكاتبه عند عقد الكتابة واحدًا من هذه الأشياء

(1) في (ز): (بإطعام).
(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 173/2.
(3) في (ز): (بوطء).
(4) كلمة (بمال) ساقطة من (ع2).
(5) في (ز): (أن).
(6) في (ز): (الضمان).
(7) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (وقَلِيلٍ) عطفًا بالواو عوضًا عن (أوْ).
(8) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (بَعْدَ أَنْ وَفَّى)، وفي بعضها: (إن وفَّى).

التي عددها، فإنها تلغى، ولا يلزم المكاتب الإتيان بها، وإنما يلزمه أداء ما اشترط عليه من النجوم خاصة، فإن أدَّى نجومه عتق، وسَقَطَ عنه ما اشترط عليه في الكتابة من هذه الأشياء، فـ(اشْتِرَاطُ) مبتدأ و(لَغْوٌ) خبره، فأول ما ذكر منها إذا كاتب أمته واشترط أن يطأها، فإن الكتابة تمضي ويسقط الشرط.

قال في "المدونة": ومن كاتب أمته على ألف درهم نجمها عليها[1] على أن يطأها ما دامت في الكتابة بطل الشرط.

وكذلك إن أعتق أمته إلى أجل على أن يطأها أو يشترط على المكاتبة أن ما ولدت في كتابتها فهو عبد، فالشرط باطل، والعتق نافذ إلى أجله، ولا تفسخ الكتابة كما لا أفسخها من عقد الغرر بما أفسخ به البيع.اهـ[2].

وتضمَّن هذا النص قوله: (أَوْ مَا يُولَدُ)، وفي كلامه حذف؛ أي: ما يولد لها بعد الكتابة يدل عليه ذكره بعد ما يولد للمكاتب، فإنَّه راجع لهما معًا؛ لاتحاد حكمهما.

فقوله: (بَعْد) متعلق بـ(يُولَدُ) هذا هو الموافق للمنصوص، ولو علق بـ(اشْتِرَاطُ) لصحَّ[3] أيضًا.

وإذا بطل شرط عبودية ما يولد للمكاتب بطل شرط العبودية فيما يولد للمكاتب من أمته بعد الكتابة، فدخل قوله: (أو ما يولد لمكاتب من أمته بعد الكتابة) في نص "المدونة" بالمعنى[4]، ولذلك قال في "المدونة" -متصلًا بقوله: بما أفسخ به البيع-: وكل ولد حدث للمكاتب من أمته أو للمكاتبة بعد الكتابة، فهو بمنزلتها يرق برقها، ويعتق بعتقها[5].

وهو نصٌّ لابن المواز، قال ابن يونس: وذكر ابن المواز قول ابن القاسم في شرط

(1) في (ع2) و(ب): (عليه)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 276.

(3) في (ز): (تصح).

(4) في (ز): (بالعتق).

(5) عبارة (بمنزلتها يرق برقها، ويعتق بعتقها) يقابلها في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (بمنزلتهما يرق برقهما، ويعتق بعتقهما)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 276/2.

المكاتبة، واسترقاق ما تلد، وما يولد للمكاتب من أمته مثل ما في "المدونة": إن الشرط يفسخ، وتمضي الكتابة.

قال: وقال أشهب عن مالك في ذلك كله: تفسخ الكتابة ولو لم يبق منها إلا درهمٌ واحد، إلا أن يرضى السيد بترك الشرط؛ وإن لم يستفق لذلك[1] حتى أدّى الكتابة، فولد المكاتب والمكاتبة حر معهما، وكذا ما في بطن المكاتبة.

وقال ابن المواز في جميع ذلك: إن أدّى ولو نجمًا واحدًا[2]؛ بطل الشرط ومضت[3] الكتابة، فإن لم يؤد شيئًا خير السيد في فسخها أو إبطال الشرط.اهـ[4].

وأما استثناء حملها، فقال في "المدونة": وإن كاتبها أو أعتقها وشرط جنينها؛ بطل الشرط وتم العقد.اهـ[5].

وإنما بطلت هذه الشروط؛ لقوله ﷺ: **«كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ هو فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ، كِتَابُ اللهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللهِ أَوْثَق»**[6].

وبطل شرط الوطء -أيضًا- لأنَّه وطء إلى أجل فضارَع نكاح المتعة، ولأنها إذا حملت فإما أن تبقى على كتابتها فتستسعى[7] أم الولد وهو باطل[8]، أو لا تستسعى[9]، فلا تعتق إلا بموت السيد، وقد كان لها أن تعتق في حياته بأداء الكتابة.

---

(1) كلمتا (يستفق لذلك) يقابلهما في (ز): (يسبق كذلك).

(2) كلمة (واحدًا) ساقطة من (ز).

(3) في (ع2): (وبطلت).

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 60/6.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 276/2 و277.

(6) متفق على صحته، رواه البخاري في باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، من كتاب البيوع، في صحيحه: 73/3، برقم (2168).

ومسلم في باب إنما الولاء لمن أعتق، من كتاب العتق، في صحيحه: 1142/2، برقم (1504) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(7) في (ز): (فستعي).

(8) في (ع2): (بطل).

(9) في (ز): (تستعي).

وفي "الأمهات": قيل: لـمَ لا يبطل الشرط الكتابة، وهو إنما باعها نفسها بما سمَّى من المال، وعلى أن يطأها ويكون كبائع أمة على أن يطأها البائع إلى أجل، فقال: لا تشبه الكتابة البيع؛ لجواز الغرر فيها دونه[1].

وقوله في "المدونة": (وكل ولد حدث)[2]؛ يحتمل أن يكون معنى (حدث): ولد، فيقال في المكاتب؛ يريد: وقد حملت به أمته بعد عقد الكتابة، ويحتمل أن يكون معناه: (تكَوَّن)، فيقال في المكاتبة؛ يريد: وكذلك إذا تكَوَّن قبل عقد الكتابة[3] وولدته بعدها.

وقوله:(قَلِيلٍ...) إلى آخره؛ (قَلِيلٍ) صفة لموصوف محذوف؛ أي: وكاشتراطِ عمل قليل على المكاتب كخدمته زمنًا قليلًا بعد وفائه نجوم الكتابة.

فإن هذا الشرط يلغى -أيضًا- ويعتق المكاتب إن وفَّى نجوم الكتابة، ويسقط / [ز:758ب] عنه ما اشترط عليه من قليل العمل بعدها، فـ(قَلِيلٍ) مخفوض بالعطف على وطء أو على ما عطف عليه.

والذي يشبه الخدمة المستفاد من كاف التشبيه في قوله: (كَخِدْمَةٍ) عمل صناعة بيده، وسفره لموضع، ومفهوم الصفة من قوله: (قَلِيلٍ) يدل على أن حكم[4] الكثير مخالفٌ لذلك، فإنه[5] يلزم.

وأشار بذلك إلى ما نقل عبد الحق عن بعضهم[6] كما تراه.

لا يقال: بل هو من مفهوم الموافقة؛ لأنَّه إذا سقط القليل مما لا كلفة فيه على المكاتب فأحرى الكثير، ويكون موافقًا لظاهرِ نصوص المتقدمين.

ولو كان من مفهوم المخالفة؛ لأتى بمفهوم الشرط الذي يعتبره؛ لأنَّا نقول: لو

---

(1) قوله: (قيل: لم لا يبطل... الغرر فيها دونه) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 59/6.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 276/2.

(3) عبارة (ويحتمل أن يكون... قبل عقد الكتابة) ساقطة من (ز).

(4) في (ز): (يحكم).

(5) في (ز): (وأنه).

(6) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 335/1.

لم يقصد ما ذكرناه لكفاه أن يقول: (وخدمة) ليتناول إطلاقه[1] القليل والكثير، وهو أنسب للاختصار، وهو -أيضًا- فرض الخدمة المشترطة في "المدونة" شهرًا.

وظاهره موافقة ما نقل عبد الحق، ثم هذا الذي ذكر من سقوط الخدمة القليلة هو مذهب ابن القاسم، وقال أشهب: تلزمه.

قال في "المدونة": وإن كاتبه على خدمة شهر؛ جاز عند أشهب، ولا يعتق حتى يخدم[2] شهرًا.

قال ابن القاسم: إن عجل عتقه على خدمة شهر بعد العتق، فالخدمة باطل[3]، وهو حرٌّ، وإن أعتقه بعد الخدمة؛ لزمت العبد الخدمة.

مالك: وكل خدمة اشترطها السيد بعد أداء الكتابة فباطل[4]، وإن شرطها[5] في الكتابة، فأدَّى العبد قبل تمامها سقطت.اهـ[6].

وقال مالك في كتاب محمد: إن شرط عليه أسفارًا وضحايا، فأدَّى الكتابة وعجل الضحايا أو قيمتها، وإن لم يحل أجلها عتق وسقطت الأسفار[7].

قال ابن يونس: إذا كاتبه على خدمة شهر، فابن القاسم يسأله هل أراد تعجيل العتق أو تأخيره[8] عنها، وأشهب يرى العتق مؤخرًا عنها كتأخيره عن أداء الكتابة.

فإن اشترط تعجيل العتق قبلها لم يجز عندهما، وعتق مكانه وسقطت، ولأشهب في كتابه: فإن عجَّل للسيد قيمة الخدمة؛ لزمه أخذها، وعتق مكانه.

وحكى بعض أصحابنا عن غير واحد من شيوخه أن ابن القاسم يقول: ليس له ذلك، كأنهم رأوه معتقًا لأجل.

---

(1) في (ب): (طلاقه).

(2) في (ب): (تخدم).

(3) في (ز): (باطلة).

(4) في (ع2): (فبطل).

(5) في (ز): (اشترطها).

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 276/2.

(7) قوله: (وقال مالك في كتاب محمد... الأسفار) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 55/6.

(8) في (ع2) و(ب): (تأخيرها).

وقد قال محمد فيما يشبه: له تعجيل قيمتها كأشهب، ولم يذكر فيه اختلافًا[1].

وحكى بعض أصحابنا -أيضًا- عن شيوخه القرويين في هذا المكاتب على خدمة شهر؛ له حكم المكاتب لا[2] المعتق إلى أجل من أجل لفظهما بالكتابة، فكأن السيد أجراه على سنَّتها في حيازته ماله، ونفقته على نفسه، فإذا كان بحكم المكاتب فينبغي أن يكون له تعجيل قيمة الخدمة، وهذا عندي أصح من الأول.اهـ[3].

قال بعضهم: وإنما سقط[4] اشتراط هذه الخدمة؛ لأنَّها بعد الحرية من بقايا الرق، فهو كمن أعتق بعض عبده، فيستتم عليه.

قلتُ: وفيه نظر فإنَّ[5] هذا العتق مُعَلَّق على اشتراطها، فليس كعتق بلا شرط، ولذا قال ابن القاسم في "العتبية": إن اشترط ألا يخرج حرًّا إلا بعدها لزم الشرط[6].

وقال ابن يونس عن ابن المواز: كل ما شرط فيها من خدمة بدنه أو عمل يده، فأدَّاها، وبقي ذلك أو بعضه؛ فإنَّه يسقط، ولا يؤدي له عوضًا؛ لأنَّ خدمة بدنه من رقه[7].

فإذا دخلت الحرية رقبته؛ سَقَط كل رقٍّ يبقى فيه، كما لا يجوز لمبتله أن يجعل عليه خدمة بعد ذلك، وكمن أعتق بعض عبده، فإنه يستكمل عليه.

وكذا[8] كل خدمة تبقى على مكاتب بعد أداء نجومه أو عبد بتل فهي ساقطة؛ لأن ذلك بقية من رقه.اهـ[9].

---

(1) في (ز): (خلافًا).

(2) كلمة (لا) ساقطة من (ب).

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 54/6 و55.

(4) في (ز): (يسقط).

(5) في (ز): (لأن).

(6) قوله: (قال ابن القاسم... لزم الشرط) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 56/6.

(7) كلمتا (من رقه) يقابلهما في (ز): (ورقه).

(8) في (ب) و(ز): (فكذا).

(9) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6 /56.

وظاهره[1] سقوط ما اشترط عليه من خدمة[2] قلَّت أو كثرت خلاف ما يفهمُ من كلام المصنف.

وقال عبد الحق عن بعض القرويين في قول مالك: تسقط الخدمة: إنما يصح ما قال في اليسيرة؛ لأنها في حيز التبع[3].

وأما لو كان عظم الكتابة الخدمة وأقلها مالًا، فعجل[4] المال لم يستقم أن توضع الخدمة عنه[5]، وعلى هذا مر[6] المصنف فعبَّر بـ(قَلِيلٍ).

[ز:759/أ] قال ابن يونس: وهو مخالف لما علل به ابن الموَّاز سقوطها، فكما أنه / لو أعتق[7] عشر عبده لاستتمَّ عليه، فكذا لو كانت الكتابة عشر قيمة[8] [الخدمة][9] فعجلها؛ لسقطت الخدمة[10].

وَإِنْ عَجَزَ عَنْ شَيْءٍ أَوْ عَنْ أَرْشِ جِنَايَةٍ -وَإِنْ عَلَى سَيِّدِهِ- رُقَّ كَالقِنِّ

يعني أن المكاتب إذا[11] عجز عن أداء شيء من نجوم الكتابة، وإن قلَّ في أول النجوم أو وسطها أو آخرها، فإن كتابته تفسخ ويرجع رقيقًا؛ إلا أنَّه إن عجز عن النجم الأخير تأكَّد في حق السيد ما ندب إليه من حطِّ جزء عنه؛ لأنَّه إذا ندب إلى حط الجزء الأخير في حق المليء، فأحرى للعاجز[12].

(1) في (ز): (وظاهر).
(2) في (ز): (خدمته).
(3) في (ز): (البيع).
(4) في (ع2): (معجل).
(5) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 335/1.
(6) في (ب): (من).
(7) في (ب): (عتق).
(8) في (ز): (قيمته).
(9) كلمة (الخدمة) زائدة من جامع ابن يونس.
(10) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 57/6.
(11) في (ز): (إن).
(12) كلمة (للعاجز) يقابلها في (ب): (في حق العاجز).

وكذا إن جنى على أحد جناية يتعين[1] عليه فيها الأرش، فإنَّه لا يخرج حرًّا إلا بأداء كتابته، وما تعين عليه من أرش الجناية، وعجزه عن شيء[2] من الأرش يوجِب رقه، كعجزه عن النجوم.

وقوله: (وَإِنْ عَلَى سَيِّدِهِ)؛ أي: وإن كانت الجناية التي تعيَّن فيها الأرش على سيده، فإنَّه لا يخرج حرًّا إلا بأدائها إليه، وإن عجز عن شيء منها رقَّ كعجزه عن أرش جنايته على غير سيده.

وإنما غيَّ بالسيد لما[3] علم أن العبد إذا جنى على مال السيد لا يتعلق به أرش؛ لأنَّ ماله أتلفَ ماله.

قال في "المدونة" في عجزه عن النجوم: وحكم المكاتب حكم الأرقاء في الميراث والشهادة والحدود وغيرها حتى يؤدي ما عليه أو يعجز.اهـ[4].

وفي "المعونة": لا يعتق المكاتب ما بَقِيَ عليه شيء من الكتابة قلَّ أو كثر[5] خلافًا لما يحكى عن قوم من السلف؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»[6]، ولأنَّ الكتابة عتق بصفة الأداء، فمتى[7] لم يؤد لم يحصل، ولأنَّ[8] عتق الجزء اختيارًا، فلو عتق من الكتابة بقدرِ ما أدى؛ لعتق الجزء بلا تكميل[9].

وقال ابن يونس: كان من أمهات المؤمنين من تكشف الحجاب للمكاتب[10] ما

---

(1) في (ز): (فتعين).

(2) كلمتا (عن شيء) ساقطتان من (ز).

(3) في (ز): (ما).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 58/6.

(5) كلمتا (قل أو كثر) يقابلهما في (ب): (قلل وكثر).

(6) تقدم تخريجه. انظر النص المحقق: 365/9.

(7) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (فما)، وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(8) في (ز): (وإن).

(9) المعونة، لعبد الوهاب: 380/2.

(10) كلمة (للمكاتب) ساقطة من (ب).

بقي عليه درهم، فإذا قضاه أرخته دونه[1].

وأما عجزه عن أداء الأرش، فقال في جنايات "المدونة": قال مالك: أحسن ما سمعت في جناية المكاتب أنه إذا أدَّى جميع العقل حالًا، وأن جاوز[2] قيمة رقبته أو كان دينارًا[3] أو أكثر بقي على كتابته، وإلا عجز، وخير سيده في أن يسلمه رقًّا، أو يفتديه[4] بالأرش، وعجزه عن الأرش قبل القضاء [به][5] وبعده سواء، ولو قوي على أداء ما حل من الكتابة دون الأرش، فقد عجز ولا ينجم عليه الأرش بخلاف العاقلة.

قيل: فإن عجز المكاتب عن أداء العقل، وأدَّى عنه سيده هل يبقى على كتابته؟

قال: إذا لم يقو على أداء الجناية رقَّ مكانه، وخير سيده[6] بين أن يدفعه أو يفتديه.

وكذلك إن جنى على سيده، فلم يعجل له الأرش عجَزه[7].

ثم قال بعد هذا في الكتاب المذكور: وإذا جنى مكاتب على عبد لسيده، أو على مكاتب آخر[8] لسيده هو معه في كتابته[9]، أو ليس معه في الكتابة؛ فعليه تعجيل قيمته للسيد، فإن عجز رجع رقيقًا وسقط ذلك عنه.

وكذلك ما استهلك له؛ لأنَّه أحرز ماله بخلاف العبد يجني على السيد؛ لأنَّ[10]

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 59/6.

(2) في (ع2) و(ب): (جواز)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (دينين)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) في (ع2) و(ب): (يفديه)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) كلمة (به) زائدة من التهذيب.

(6) في (ز): (السيد).

(7) في (ز): (بعجزه).

تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 370/4 و371.

(8) كلمتا (مكاتب آخر) يقابلها في (ب): (مكاتب في آخر).

(9) في (ز): (كتابة).

(10) في (ب): (فإن).

العبد لو استهلك مالًا لسيده لم يلزمه غرمه.اهـ[1].

وفي حكم المكاتب إن عجز عن بعض النجوم خلاف كثير خارج المذهب تركنا ذكره خشية الطول.

وإلى ما ذكر في "المدونة" من مخالفة حكم العبد في الجناية على سيده لحكم المكاتب أشار المصنف بالإغياء، ولما كان السيد يلزمه أرش الجناية على مكاتبه كان المكاتب كذلك، وإلى هذا أشار بقوله: (لأنه أحرز ماله).

وَأُدِّبَ إنْ وَطِئَ بِلا مَهْرٍ، وعَلَيْهِ نَقْصُ المُكْرَهَةِ

يعني أن مَنْ كاتب أمة له لم يحل له وطؤها؛ لأنها أحرزت نفسها ومالها، ولأنَّها قد تعتق قبل موت السيد بالأداء، فضارع الوطء، ولأجل الشبهة[2] بالمتعة، ولأنها لو[3] حملت يؤدي إلى استسعاء أم الولد أو إبطال الكتابة -كما تقدم- فإن وطئها؛ أُدِّبَ للوطءِ المحرمِ، ولا يحد[4] لما له فيها من الشبهة؛ لأنها أمته ما لم تؤد، ثم إن طاوعته في ذلك الوطء فلا مهر لها عليه.

وإن أكرهها على ذلك الوطء؛ فعليه / للمكرهة ما نقصها، فقوله: (بِلَا مَهْرٍ) [ز:759ب] هو[5] في حق المطاوعة يدل عليه قوله: وعليه نقص المكرهة، ومفعول (أُدِّبَ)، وفاعل (وَطِئَ) ضمير السيد ومفعول[6] (وَطِئَ) هي المكاتبة حذفه للعلم به.

قال في "المدونة": ومَنْ كاتب أمته، فليس له وطؤها، فإن فعل درئ عنه وعنها الحد، أكرهها أو طاوعته.

ويعاقب إلا أن يُعذَر بجهل، ولا صداق لها ولا ما نقصها إن طاوعته، وإن

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 375/4.

(2) كلمتا (ولأجل الشبهة) يقابلهما في (ع2) و(ب): (لأجل الشبه).

(3) في (ز): (إن).

(4) في (ز): (يحل).

(5) في (ز): (هي).

(6) في (ز): (ومعطوف).

أكرهها فعليه ما نقصها، والأجنبي عليه بكل حال ما نقصها؛ إذ قد تعجز فترجع معيبة للسيد.اهـ[1].

وكان حق المصنف أن يقول: (وأدب عالم)؛ ليخرج الجاهل -كما ذكر في "المدونة"- وانظر[2] لم تعتق المكاتبة هنا بالوطء، كما قال في القذف: لو وطئ بملك[3] يمينه من ذوات محارمه من لا يعتق عليه إذا ملكه عالمًا بالتحريم؛ لم يحد[4] للملك الذي له، ويلحق به الولد، وينكل عقوبة موجعة وتعتق ساعتئذ[5].

زاد في النكاح الثالث: فحملت[6]، والجامع حرمة الوطء، فلعله[7] -والله أعلم- ؛ لأنَّ الحرمة في ذات المحرم أقوى؛ إذ لا تحل له بوجه، فلمَّا تعدَّى عليها بالوطء لم يؤمن عليها، والمكاتبة قد تعجز، فيحل له وطؤها.

قيل: وتعاقب المكاتبة -أيضًا- إن طاوعته، يدل عليه تفريقه[8] في رجوعها عليه بالنقص بين الطوع والإكراه.

وقال ابن يونس في قوله: (ولا صداق لها ولا مهر)؛ يريد: إن كانت بكرًا، وفي قوله: (إن أكرهها فعليه ما نقصها)؛ يريد: إن كانت بكرًا.

قال سحنون: إنما ينقص البكر، فيغرم ما بين قيمتها بكرًا وثيبًا[9].

وقوله في الأجنبي: بكل حال؛ يعني طوعًا أو كرهًا، وظاهره بكرًا كانت[10] أو

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 286/2.

(2) في (ز): (انظر).

(3) في (ز): (ملك).

(4) في (ز): (يجز).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 321/4.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 37/2.

(7) في (ز): (فعليه).

(8) في (ب): (تفريقها).

(9) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 90/6 و91.

(10) في (ز): (كان).

ثيبًا، وهو بين مع الإكراه، وقال في الطوع في كتاب الرهون: إن[1] كانت ثيبًا فلا شيء عليه[2].

وقد اضطرب رأيه في هذا الأصل في الكتاب، وإنما لم يكن للثيب شيء في الطوع؛ لأنَّه شبيه بمهر البغي، وفي البكر يعطي النقص حسًّا كقطع أنملتها.

وإنْ حَمَلَتْ خُيِّرَتْ فِي البَقَاءِ وَأُمُومَةِ الوَلَدِ إلا لِضُعَفاءَ مَعَها أَوْ أَقْوِياءَ لَمْ يَرْضَوْا، وَحُطَّ حِصَّتُها إنِ اخْتارَتِ الأُمُومَةَ

يعني أن المكاتبة التي وطئها السيد طوعًا أو كرْهًا إن حملت من وطئها[3] خُيِّرَت بين البقاء على حكم الكتابة، أو انتقالها إلى حكم أم الولد، وهذا إن لم يكن معها أحد في كتابتها، فإن كان معها في الكتابة غيرها؛ لم يكن لها أن تختار أمومة الولد إذا كان من معها من المكاتبين ضعفاء لا قوة لهم[4] على السعي رضوا بذلك أم[5] لم يرضوا؛ إذ ليس لهم تعجيز أنفسهم -كما تقدَّم- أو كانوا أقوياء عليه، إلا أنهم لم يرضوا بانتقالها عن الكتابة كما لو أعتقها سيدها ومعها أحد الفريقين؛ فإنَّ عتقه لا يمضي لما لهم من الحق في سعايتها معهم للتضامن، وهي إذا صارت أم ولد لا تسعى، فقوله مستثنى[6] من اختيارها أمومة الولد، ولا[7] يكون لها أن تختارها مع أحد الفريقين.

وقوله: (**لَمْ يَرْضَوْا**) مفهومه إذا كان من معها أقوياء، ورضوا اختيارها أمومة الولد كان لها ذلك، وهو صحيح.

وقوله: (**وحُطَّ...**) إلى آخره؛ أي: حيث يكون لها أن تختار أمومة الولد مع

---

(1) في (ب): (وإن).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 64/4.

(3) في (ز): (وطئه).

(4) في (ز) و(ب): (بهم).

(5) في (ز): (أو).

(6) في (ز): (الاستثناء).

(7) في (ز): (فلا).

غيرها، وذلك مع الأقوياء الراضين فإن حصتها من الكتابة تحط عنهم[1].

ونصُّ هذه المسألة من "المدونة" مع ما ذكر فيها من الخلاف، وزيادة فوائد قوله فيها: وهي بعد وطء السيد على كتابتها إلا أن تحمل فتخيَّر[2] عند مالك بين أن تكون أم ولد، أو تمضي على كتابتها، ولو ضرب رجل بطنها فألقت جنينًا ميتًا، ففيه ما في جنين الحرة موروثًا على فرائض الله تعالى، وكذلك في جنين أم الولد.

وقال ابن المسيب: إن حملت بطلت كتابتها، وهي جاريته.

وقال النخعي: تبقى مكاتبة، فإن عجزت، فهي أم ولد[3].

وقال ربيعة: إن وطئها طائعة فولدت منه؛ فهي[4] أمة له، ولا كتابة[5] له فيها، وإن أكرهها فهي حرة والولد به[6] لاحق.

وإذا ولدت المكاتبة بنتًا، ثم ولدت ابنتها بنتًا أخرى فزمنت[7] البنت العليا فأعتقها السيد؛ جاز عتقه، وسعت[8] الأم مع السفلى.

ولو وطئ السيد البنت السفلى فأولدها؛ فولدها حر، ولا تخرج هي من الكتابة، وتسعى معهم إلا أن ترضى هي وهم بإسلامها للسيد، / ويحط[9] عنهم حصتها من الكتابة، وتصير حينئذ أم ولد للسيد. [ز:760/أ]

قال سحنون: إن[10] كان معها في الكتابة من يجوز رضاه.اهـ[11].

---

(1) عبارة (وقوله: (وحط... الكتابة تحط عنهم) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

(2) في (ز): (فلتخير).

(3) عبارة (وقال ابن المسيب...فهي أم ولد) ساقطة من (ز).

(4) في (ز): (وهي).

(5) كلمتا (ولا كتابة) يقابلهما في (ع2) و(ب): (والكتابة) وما اخترناه موافق لما في التهذيب.

(6) في (ز): (له).

(7) ما يقابل كلمة (فزمنت) غير قطعي القراءة في (ز).

(8) في (ع2) و(ب): (وبيعت) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(9) في (ز): (وتحط).

(10) في (ز): (وإن).

(11) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/286 و287.

فقول مالك: (خيرت)؛ يعني: إن كانت وحدها، أو مع من يجوز رضاه، يبينه[1] ما ذكر في وطء السفلى، وما فسر سحنون، وهو معنى ما استثنى المصنف.

قال ابن يونس: قال سحنون، وابن المواز: لها إن حملت تعجيز نفسها وترجع أم ولد، وإن كان[2] مالها كثيرًا ظاهرًا بخلاف المكاتب في هذا؛ للاختلاف[3] فيها، ثم ذكر الخلاف الذي في "المدونة"[4].

وقال اللخمي: قول محمد غير بَيِّن؛ لأنَّها تنتقل من عتق ناجز إلى عتق بعد [موت][5] سيدها، وقد تؤدي قبله فتموت رقًّا[6].

ونقل[7] ابن يونس عن سحنون في كتاب ابنه: إن اختارت الكتابة، فنفقتها في الحمل على السيد ما دامت حاملًا كالمبتوتة.

قال ابن حبيب: وكذلك سمعت مَنْ أرضى يقول: لأنَّه إنما ينفق على ولده، وقال أصبغ: نفقتها في الحمل على نفسها؛ لاختيارها الكتابة، فلها حكمها إلا أن تعجز، فتكون أم ولد[8].

قال اللخمي: وقول مالك أحسن[9].

قال ابن يونس في قول ابن المسيب: جاريته؛ يريد: أم ولد، وكذا فسر قول ربيعة: أمة له؛ لا كتابة فيها[10].

وتعقَّب عبد الحق "اختصار البراذعي" قول ربيعة؛ لأنَّ لفظه في "الأم" أنها على

(1) في (ز): (ببينة).
(2) كلمة (كان) ساقطة من (ز).
(3) في (ز): (الاختلاف).
(4) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 91/6.
(5) كلمة (موت) زائدة من التبصرة.
(6) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3999/7.
(7) في (ع2): (نقل).
(8) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 91/6.
(9) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3999/7.
(10) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 91/6.

كتابتها، وإن عجزت رقت، فإن حملت فهي أم ولد[1].

وقال بعضهم في قوله: (وإن أكرهها فهي حرة) إنما بناه على قاعدة مَنِ استعجل شيئًا قبل أوانه عُوقب بحرمانه، فإنَّه استعجل الوطء قبل العجز.

قلتُ: أو لأنه[2] شبَّهها بمن لا يحل وطؤها من القريبة[3] التي لا تعتق بالملك كما قدَّمنا عن كتاب القذف.

وقال أبو محمد: معرفة ما يخص السفلى من الكتابة؛ ليحط عنهم أن يقال: كم يلزم هذه حين بلغت السعي أن لو كانت هكذا حين عقد الكتابة، فيحط ذلك[4].

وإِنْ قُتِلَ فَالقِيمَةُ لِلسَّيِّدِ، وهَلْ قِنًّا؟ أَوْ مُكَاتَبًا؟ تَأْوِيلانِ

يعني: إذا قتل المكاتب، فعلى قاتله القيمة لسيده، كذا ذكره[5] في "المدونة".

ثم اختلف تأويل الشيوخ في ذلك، فقيل: أراد قيمته قنًا لا كتابة فيه، وقيل: أراد قيمته مكاتبًا، ونصها في كتاب الجنايات: وعلى قاتل المكاتب قيمته[6] عبدًا مكاتبًا[7] في قوة مثله على الأداء أو ضعفه[8]، ولا ينظر إلى قلة ما بقي عليه وكثرته حتى لو بقي عليه دينار فقط، وآخر لم يؤد شيئًا، فقتلهما رجل وكانت[9] قوتهما على الأداء سواء، وقيمة رقابهما سواء فقيمتهما متفقة، وإن تفاضلت قيم الرقاب خاصَّة، وقوة الأداء واحدة فقيمتها مختلفة، وإنما يقوم على قدر قوته على الأداء مع قيمة رقبته.اهـ[10].

---

(1) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 256/3.

(2) كلمتا (أو لأنه) يقابلهما في (ب): (ولأنه).

(3) في (ز): (القرابة).

(4) قوله: (وقال أبو محمد... فيحط ذلك) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 92/6.

(5) في (ز): (ذكر).

(6) في (ز): (قيمة).

(7) في (ز): (ومكاتبا).

(8) كلمتا (أو ضعفه) يقابلهما في (ب): (وضعفه).

(9) في (ع2): (كانت).

(10) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 373/4.

وفي كتاب المكاتب: ومن أوصى لرجل بمكاتبة[1] أو بما عليه، أو أوصى بعتق مكاتبه، أو بوضع ما عليه جعل في الثلث الأقل من قيمة الكتابة، أو قيمة الرقبة على أنه عبد مكاتب في جزائه وأدائه، كما لو قتل، وقاله ابن نافع.

وقال كثير من الرواة: ليس قيمة الكتابة، ولكن الكتابة، قالوا كلهم: فأي ذلك حمل الثلث؛ جازت الوصية.اهـ[2].

وهذا نص "التهذيب"، ونص "الأم" في كتاب الجنايات، وقال مالك: إذا قتل المكاتب قوم على هيئته في حاله وملائه والحال التي كان[3] عليها.

قال مالك: وكذلك لو وضع عنه ما عليه عند الموت، وضع في الثلث الأقل من قيمته أو الأقل ما عليه قُوِّمَ على هيئته، وحاله، وملائه التي هو عليها في جنس[4] أدائه، وقلة ذلك وكثرته فأيهما كان أقل ممَّا عليه أو من المكاتب وضع في ثلث الميت.اهـ[5].

وقال في "التنبيهات" -لما ذكر نص "الأم"-: كذا هنا في رواية الدباغ والإبياني، وسقط عند ابن عتاب قوله: (في ملائه وحاله) وأوقفه يحيى، وقال: حرف سوء[6]، ثم قال آخر الباب: يعتق بالأقل من قيمة الكتابة في ثلث الميت، وإنَّما تُقَوَّم الكتابة بالنقد إلى آخر المسألة.

قال فضل: انظر كيف قال أولًا: الأقل / مما عليه، ولم يقل: (من قيمة ما عليه) [ز:760ب] كما قال آخرًا، وقد ذكر أَشْهَب في ديوانه روايتين:

إحداهما أنه يقوم عبدًا.

والأخرى أنه يقوم مكاتبًا، وبهذا أخذ أَشْهَب أنه يقوم على حاله، وقوته على

(1) في (ز): (بمكاتبه).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 300/2.

(3) في (ز): (كانت).

(4) في (ب) و(ع2): (حسن)، وفي (ز): (حين)، وما أثبتناه موافق لما في المدونة.

(5) المدونة (السعادة/صادر): 6 /382.

(6) ما يقابل كلمتي (حرف سوء) بياض في (ز).

الأداء[1]، إن كان ذلك يزيد على قيمته.

وقال سحنون: إنما يقوم عبدًا وذكره حاله وهيئته، إنما معناه: إذا كانت في يديه صناعة، ويكون بها ماهرًا أو يكون تاجرًا داهيًا.

وقول غيره في آخر الكتاب: لا تقوم الكتابة، وإنما ينظر إلى الأقل من قيمة رقبته، أو ما بقي عليه من الكتابة ليس فيه قيمة الكتابة... إلى آخر كلامه هو قول مالك في "موطأ" ابن بكير، وقول أكثر الرواة في كتاب المكاتب.اهـ[2].

وفي[3] التعاليق لأبي عمران في قوله: (عبدًا مكاتبًا) أن (مكاتبًا) نعت مدح لا نعت ذم، وبخس؛ أي: قن كثير الخراج، يكاتب؛ يعني: يصلح لأن[4] يكاتب، قيل له: فلم؟

قال: يقوم مكاتبًا على قدر أدائه، ولم يقل: عبدًا، قال: لأنَّ الكتابة قد تزيد فيه؛ لأنَّه يتصدَّق عليه من أجل أنه يجتهد[5] في خروجه من الرق، فيرتفع ثمنه لذلك.اهـ[6].

وقال اللخمي: إن قتل المكاتب قوم عبدًا لا كتابة فيه؛ لأنَّ عقد العتق من كتابة أو تدبير أو عتق إلى أجل أو معتق بعضه يسقط حكمه مع القتل، وعلى القاتل قيمة عبد، وإلى هذا ذهب ابن القاسم في عبدين قوتهما سواء، وأدَّى أحدهما جميع الكتابة إلا درهمًا والآخر لم يُؤَد شيئًا.

قال ابن القاسم: وإن شجَّه موضحة، فعليه نصف عشر[7] قيمته مكاتبًا على حاله؛ لأنَّ جرحه لم يخرجه عن كتابته، وإن لم يسم للجرح شيء فقيمة[8] ما نقصه

---

(1) ما يقابل كلمة (الأداء) بياض في (ع2).

(2) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 2755/5 و2756.

(3) في (ع2) و(ب): (في).

(4) في (ب): (أن).

(5) في (ز): (مجتهد).

(6) قول أبي عمران بنحوه في التوضيح، لخليل (بعنايتنا): 452/8 منسوبًا إليه.

(7) كلمتا (نصف عشر) ساقطتان من (ب).

(8) في (ز): (فقيمته).

لو بيع على أنه مكاتب.اهـ[1].

فأنت ترى أن تأويل سحنون وأبي عمران واللخمي على "المدونة" إنما هو[2] تقويمه عبدًا إن قتل، ولم أر من تأوَّل عليها أنه يقوم مكاتبًا -كما حكى المصنف- وليس فيما ذكر القاضي من اختلاف رواة الكتاب في إسقاط حاله، وملائه وإثباته، ولا من اختلافهم في صحَّته أو سقمه[3]، ولا من حكاية أشهب رواية بأنه يُقَوَّم مكاتبًا.

وأخذه هو بها ما يدل على ثبوت اختلافهم في تأويل الكتاب، وإنما يدل على أن في تقويمه عبدًا أو مكاتبًا روايتين.

فلو قال المصنف: (روايتان) عوض تأويلان، لكان أولى؛ نعم لفظ الكتاب في مواضع قابِل لتأويلين كما ذكر المصنف.

وقد صرَّح في موضع من كتاب الجنايات بما[4] يدل على أنه أراد تقويمه عبدًا، وذلك قوله في كتاب الجنايات: ومَنِ اغتصب حرة نفسها فعليه صداقها.

وإن اغتصب أمة نفسها، أو أم ولد، أو مدبَّرة أو مكاتبة، فلم ينقصها ذلك؛ فلا شيء عليه إلا الحد، وإن نقصها غرم ما نقصها، وكان ذلك للسيد إلا في المكاتبة، فإنَّ سيدها يأخذها[5]، ويقاصها به في آخر نجومها، وإنما يقوم من ذكرنا، ممن فيه علقة رق[6] في الجناية عليه قيمة عبد.اهـ[7].

فقوله: (من ذكرنا) يدخل فيه المكاتبة؛ لأنَّه قد ذكرها؛ إلا أن ظاهره يُقَوَّم عبدًا في جرحه خلاف ما قدَّمنا للخمي.

وإنِ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ صَحَّ، وعَتَقَ إنْ عَجَزَ

يعني: أن المكاتب إذا اشترى من يعتق على سيده بالقرابة لو ملكه السيد، فإن

---

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6350/11 و6351.

(2) كلمتا (إنما هو) يقابلهما في (ز): (وإنما).

(3) في (ز): (سعته).

(4) في (ز): (لما).

(5) في (ز): (يأخذه).

(6) كلمة (رق) ساقطة من (ب).

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 365.

شراءَه[1] له يصح، ولا يعتق على السيد؛ لأنَّه لا يقدر على انتزاعهم من مكاتبه؛ لإحرازه نفسه وماله بالكتابة، لكن إن عجز المكاتب عتق حينئذ مَنِ اشتراه من أقارب السيد؛ لقدرة[2] السيد حينئذ على انتزاعهم، فكأنَّه ملكهم، ففاعل (صَحَّ) ضمير الشراء المفهوم من (اشْتَرَى).

وفاعل (عَتَقَ) ضمير من هو[3] قريب من[4] السيد.

وإنما قال: (صَحَّ)؛ لأنَّ غير المكاتب من القن إن اشترى من يعتق على سيده لم يصح له ذلك؛ لأنَّ للسيد رده إن لم يكن مأذونًا له على ما تقدَّم في باب العتق عند قوله: ولم يجز اشتراء ولي مَنْ يعتق على ولد صغير بماله، ولا عبد لم يؤذن له من يعتق على سيده.

[ز:761/أ] ونص ما ذكر المصنف هنا من "العتبية": وسألت ابن القاسم / عن المكاتب يبتاع من يعتق على سيده إذا ملكه أيعتق عليه.

قال: لا ويبيع ويصنع ما شاء، ويطأهنَّ إن كنَّ نساءً، وإن كانت أم سيده أو أخته؛ لأنَّه ليس[5] لسيده أن ينتزع ماله، ولأنَّ بعض الناس قد قال ذلك في العبد؛ لأنَّه ماله حتى ينتزعه السيد، وبأنَّه لا زكاة على السيد في مال عبده، فكيف المكاتب، إلا أن هذا القول عندنا في العبد ليس بشيء.

وقال لي[6] مالك: إذا ملك العبد من لو ملكه سيده عتق عليه، فإنَّه يعتق عليه بملك العبد إياه.

قال ابن القاسم في المكاتب: فإن عجز وهم عنده عتقوا عليه.اهـ[7].

---

(1) في (ز): (اشتراؤه).

(2) كلمتا (السيد لقدرة) يقابلهما في (ز): (السيد؛ لأنه من أقارب السيد لقدرة).

(3) في (ب) و(ز): (وهو).

(4) كلمة (من) زيادة انفردت بها (ب).

(5) كلمة (ليس) ساقطة من (ز).

(6) في (ز): (لي).

(7) البيان والتحصيل، لابن رشد: 239/15.

ومن[1] النوادر -وهو من كتاب محمد-: قال ابن القاسم: أما المكاتب فله ملك أبوي سيده أو وطء الأم، وقاله سحنون في كتاب ابنه، فإن عجز المكاتب عتق من بيده ممَّن يعتق على سيده، وقاله أصبغ[2].

وَالقَوْلُ لِلسَّيِّدِ فِي الكِتابَةِ وَالأَداءِ، لا القَدْرِ والأَجَلِ والجِنْسِ[3]

يعني: إذا تنازع السيد وعبده في أصل الكتابة بأن قال العبد: كاتبتني، وأنكر السيد أو اتفقا عليها وتنازعا في الأداء بأن قال العبد: أدَّيت جميعها وأنكر السيد[4]، فالقول قول السيد في الصورتين، وهو بين[5]؛ لأنَّ دعوى العبد الكتابة كدعواه العتق.

ولا يقبل قوله إن ادَّعاه على سيده، وهو ينكر[6] -كما تقدم في الشهادات- وهو[7] -أيضًا- كدعوى المشتري الشراء، ودعواه الأداء كدعوى المشتري دفع الثمن، والبائع ينكر؛ أن[8] القول قول البائع.

وهذا[9] الحكم الذي ذكر في هاتين الصورتين، وإن كان ظاهرًا إلا أني لم أقف عليه منصوصًا لغير المصنف وابن شاس[10]، وابن الحاجب[11].

وقوله: (إلَّا...) إلى آخره؛ أي: إلا إذا كان تنازعهما في قدرها بعد اتفاقهما على أصلها، بأن يقول السيد: كان العقد على عشرين، ويقول العبد: على عشرة أو في

(1) في (ز): (وفي).

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 389/12.

(3) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (والجنس والأجل) بتقديم وتأخير.

(4) عبارة (أو اتفقا عليها... وأنكر السيد) ساقطة من (ز).

(5) كلمة (بين) ساقطة من (ز).

(6) في (ز): (منكر).

(7) في (ز): (وهذا).

(8) كلمة (أن) ساقطة من (ز).

(9) في (ز): (وهو).

(10) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1211/3.

(11) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 798/2.

أجلها بأن يقول السيد: إلى شهر ويقول العبد: إلى شهرين، أو يقول السيد: حالة، وينكر العبد أو في جنسها بأن يقول السيد: كانت على عبد أو غيره، فيقول العبد: بل على دنانير أو غيرها مما يخالف جنس ما ذكر السيد، فإنَّه لا يكون القول في الصور الثلاث قول السيد؛ بل قول العبد.

قال في "المدونة" في الاختلاف في القدر: قال ابن القاسم: وإن ادَّعى المكاتب أنه كوتب بمائة، وقال السيد: بمائتين، صدق المكاتب إن كان قوله يشبه؛ لأنَّ الكتابة فوت كمن اشترى عبدًا فكاتبه، ثم اختلفا في الثمن أن المبتاع مصدق.

وكان يقول مرة: إذا قبض المبتاع السلعة وبان بها، وهي قائمة صُدِّقَ المبتاع في الثمن، ثم رجع إلى أن يتحالفا ويترادًّا إن لم تفت السلعة بحوالة سوق فأعلى[1].

وفي النوادر -ونقله اللَّخمي[2]، وابن يونس[3]-: قال محمد بن عبد الحكم: قد اختلف في ذلك قول ابن القاسم وأشهب يريد: أشهب يرى القول للسيد.

قال محمد: والحجة له أنه يقول: (مملوكي) فلا يخرج إلى الكتابة إلا بما أقر به كالبيع يختلفان فيه، فالقول للبائع، والمبتاع مخيَّر، والحجة لابن القاسم: إن الكتابة وجبت، فالسيد يدعي فضلًا[4]، فعليه البينة والعبد ينكر، فعليه اليمين[5].

وقال في "المدونة" في اختلافهما في الأجل: وإذا قال السيد لمكاتبه: قد حلَّ نجم، فأكذبه المكاتب صُدِّقَ المكاتب[6]، زاد ابن يونس: لأنَّه غارم[7].

ثم[8] قال في "التهذيب": كمن اكترى داره سنة أو باع سلعة بدنانير إلى سنة

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 293/2 و294.

(2) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4011/7.

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 108/6.

(4) في (ز): (فعلًا).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 109/13.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 293/2.

(7) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 107/6.

(8) في (ز): (له).

فادَّعى حلولها، فالمكتري أو المبتاع مصدق إن أكذبه[1].اهـ[2].

فإن قلتَ: ليس هذا باختلاف في أجل؛ لأنهما اتفقا هنا أن الأجل سنة -مثلًا- بدليل ما شبه به من مسألة الكراء، وإنما اختلفا هل حلت تلك السَّنة أم لا فهو اختلاف في صفة الأجل[3] نفسه[4].

قلتُ: اختلافهما في الأجل أعم من اختلافهما في مقداره أو في صفته كهذه المسألة، أو في أصله[5]، كما لو قال السيد: كانت الكتابة حالة، وقال العبد: بل مؤجلة، أو في توزيع النجوم عليه، وكل داخل في كلام المصنف.

وأيضًا قول السيد في نجم: إنه[6] قد حلَّ دعوى أجل لذلك النجم أقرب، وإنكار العبد حلوله دعوى أجل له أبعد، فهو كاختلافهما في مقداره.

قال اللخمي: / وإن اتفقا في المقدار والجنس، واختلفا هل هي حالة أو منجَّمة، [ز:761ب] فالقول قول العبد إنها منجَّمة ما لم يأتِ بما لا يشبه.اهـ[7].

فهذا من الاختلاف في أصل الأجل، وهو -أيضًا- متناول بالمعنى اختلافهما في مقداره بما قرَّرنا[8] في اختلافهما في حلوله، وقال في "المدونة" في اختلافهما في صفة التوزيع على النجوم: وإن اتفقا أن الكتابة خمسون، وقال: المكاتب نجمها عليه[9] في عشرة أنجم في كل نجم خمسة، وقال السيد: بل خمسة أنجم في كل نجم عشرة؛ صدق المكاتب، وإن أتيا بالبينة قضيت بأعدلهما،

وإن تكافأتا صدق المكاتب، وكانا كمن لا بينة لهما.

---

(1) في (ز): (كذبه).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 293/2.

(3) عبارة (لأنهما اتفقا... صفة الأجل) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).

(4) كلمتا (الأجل نفسه) يقابلهما في (ز): (الأجل فيه نفسه).

(5) كلمة (أصله) ساقطة من (ز).

(6) كلمة (إنه) ساقطة من (ز).

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4012/7.

(8) في (ز): (قدرنا).

(9) في (ز): (علي).

وقال غيره: يقضى ببينة السيد؛ لأنها زادت، ألا ترى لو قال السيد: الكتابة ألف درهم، وقال المكاتب: تسعمائة؛ صدق المكاتب، وإن أتيا ببينة صدق[1] قُضِيَ ببينة السيد؛ لأنها شهدت بالأكثر.اهـ[2].

وهـذه أقـرب إلـى اختلافهمـا في مقـدار الأجـل، وإنمـا[3] صـدق ابـن القاسـم المكاتب؛ لأنَّ السيد أقرَّ بأجل وادَّعى في الخمسة.

وأما اختلافهما في الجنس، فلم أر فيه نصًّا لأحد من المتقدمين، ولا مَنْ أطلق الحكم فيه موهِمًا أنه من قول مالك، أو أحد[4] من أصحابه كما فَعَلَ المصنف، إلا ابن شاس وابن الحاجب مع زيادة في نقلهما[5] أن ابن القاسم يقول: القول للسيد في الصور الثلاث، وأن أشهب يقول فيها: القول للعبد[6].

ولم أر اختلافهما هكذا منصوصًا إلا في الاختلاف في المقدار خاصة.

ولمَّا نقل اللخمي هذا الخلاف[7] بينهما، وبناه على أنَّ الكتابة هل هي فوت -كما يقوله ابن القاسم- أو لا -كما يقوله أشهب- قال: وكذلك إن اختلفا في جنس الكتابة، فقال أحدهما: ثياب كذا، وقال الآخر غيرها، أو شيئًا مما يكال أو يوزن، فعلى قول ابن القاسم: الكتابة فوت يتحالفان، ويكون في كتابة مثله من العين.

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، فالقول للحالف، ويدفع ما حلف عليه.

فإن قال أحدهما: دنانير، والآخر دراهم، وهما في القدر سواء أخذ ما قال المكاتب، واشترى به[8] ما قال السيد، ولم يتحالفا.

---

(1) كلمة (صدق) زيادة انفردت بها (ز).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 293/2.

(3) في (ز): (وأما).

(4) كلمتا (أو أحد) يقابلهما في (ز): (وأحد).

(5) في (ز): (نقلها).

(6) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1211/3، وانظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 798/2.

(7) كلمتا (هذا الخلاف) زيادة انفردت بهما (ز).

(8) كلمة (به) ساقطة من (ز).

وإن اختلفا في القدر، فالجواب ما تقدَّم أول الفصل، فإن قال أحدهما عينًا، والآخر عرضًا، فالقول لمدعي العين، إلا أن يأتي بما لا[1] يشبه.اهـ[2].

ونقل ابن يونس عن أبي إسحاق كلامًا رجح به قول ابن القاسم على قول الغير في اختلافهما في القلة والكثرة مع اتفاقهما في الجنس في[3] كيفية التنجيم، وقال في أثنائه: فإذا قررنا[4] أن الكتابة فوتًا[5]؛ إذ لو لم[6] تكن فوتًا لكانا يتحالفان، ويتفاسخان في اختلافهما في[7] القلة والكثرة مع اتفاقهما في الجنس الواحد.

وإذا حكمنا في الجنس الواحد أن القول للمكاتب مع يمينه، وجب أن يرجع في اختلافهما في الجنس إلى قيمة العبد.

وانظر هل يرجع إلى كتابة مثله مؤجَّلة أو قيمته حالَّة؛ لأنَّا[8] وجدنا في السلع إذا اختلفا المتبايعان في جنسين[9] أو في النكاح أن المرأة ترجع في الفوت إلى صداق المثل دراهم، والمتبايعان يرجعان إلى قيمة المبيع دراهم، ووجدنا اختلافهما في القلة والكثرة في المسلم فيه بعد الفوت يرجعان إلى الأوسط من سلم الناس على ما ذكره ابن المواز.اهـ.

فأنت ترى كلام هؤلاء[10] القوم في اختلافهما إنَّما هو بالتخريج، ولو كان فيه نص لذكروه؛ لأنهم أولى بالاطلاع، ثم الحكم الذي ذكروه بالتخريج في الاختلاف

(1) كلمة (لا) ساقطة من (ع2) و(ب) وقد انفردت بها (ز).
(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4012/7.
(3) عبارة (القلة والكثرة مع اتفاقهما في الجنس في) ساقطة من (ز).
(4) في (ب): (مررنا).
(5) في (ز): (فوت).
(6) كلمة (لم) ساقطة من (ز).
(7) كلمتا (اختلافهما في) يقابلهما في (ع2) و(ب): (اختلافهما رجح به قول ابن القاسم على قول الغير في اختلافهما في) ولعل الصواب ما أثبتناه.
(8) في (ز): (لأنها).
(9) في (ز): (جنس)، وكلمة (جنسين) يقابلها في (ب): (جنس الثمن).
(10) في (ع2) و(ب): (هذا).

في الجنس مخالف لما نقله المصنف فيه منصوصًا.

وقال المصنف في شرح ابن الحاجب: وقال المازري: إذا[1] اختلفا في الجنس جرى على اختلاف المتبايعين[2] فيه يتحالفان ويتفاسخان، ولا خلاف منصوص في البيع فيها، وتذاكرت مع ابن عبد الصمد فيها[3] بسفاقص، فقال: فيها قول آخر؛ أن القول قول البائع لمالك، فاستغربته فأرانيه في كتاب أبي إسحاق.اهـ[4].

تنبيه: قال اللخمي: اختلاف المكاتب وسيده في تسعة[5] أوجه:

في القدر، وفي الجنس، وفي الحلول والتنجيم، وفي[6] الحلول مع الاتفاق على التنجيم.

والخامس أن يقاطعه على أن لا يعتق إلا بالأداء، ثم يختلفان فيما قاطعه عليه بالأربعة الأوجه.

والسادس أن يعجل له عتقه، / ثم يختلفان فيما قاطعه، وعجل له عتقه. [ز:762/أ]

ثم تحدَّث[7] على كل هذه الأقسام مما[8] يوقف عليه في كلامه[9].

والتسعة التي ذكر أربعة في الكتابة، وأربعة في القطاعة المؤجَّل فيها العتق، وواحدٌ في القطاعة المعجل فيها العتق، ولم يعرج[10] على ما ذكر المصنف من اختلافهما في أصل الكتابة، وفي الأداء حيث يكون القول للسيد.

فإن قلتَ: في كلامه قصورٌ من وجهين آخرين:

---

(1) في (ب): (وإذا).

(2) في (ز): (المتبايعان).

(3) كلمة (فيها) زيادة انفردت بها (ز).

(4) التوضيح، لخليل (بعنايتنا): 8/ 455.

(5) في تبصرة اللخمي: (ستة).

(6) في (ب): (في).

(7) في (ز): (يحدث).

(8) في (ز) و(ب): (بما).

(9) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/4010.

(10) ما يقابل كلمتي (ولم يعرج) بياض في (ز).

الأول أنه استثنى الأكثر، وهي الصور الثلاث التي يقبل فيها قول العبد من الأقل، وهما الصورتان اللَّتان يقبل فيها قول السيد، واستثناء الأكثر، وإن كان جائزًا على خلاف، إلا أنه إذا استثنى من جنس فيخرج أكثر من ذلك الجنس، ويبقى أقله نحو: جاء القوم إلا ثلاثة وهم خمسة.

وأما نحو: جاء اثنان إلا ثلاثة الذي هو المطابق لكلام المصنف فمحالٌ.

وإذا كان الاستثناء المستغرق باطلًا فأحرى[1] الزائد، وأيضًا فإن الثلاثة التي استثنى غير الاثنين المستثنى منهما.

الثاني: على تقدير تسليم صحة الاستثناء، ليس في كلامه ما يدل على أن القول للعبد في الصور الثلاث؛ بل على أنه لا يكون القول للسيد فيها، وهو أعم[2] من أن يكون القول للعبد الذي هو مقصوده، أو لا يكون لواحد منهما.

قلتُ: البحث الأول إنما يحسن على أن الاستثناء متصل، وهو في كلام المصنف منقطع؛ للقرينة العقلية، وإنما أتى به على صورة الاستثناء للاختصار.

وأما الثاني، فالظاهر وروده، لا يقال: إنه مقصود المصنف، وأنَّه لا يكون القول لواحد منهما، فيرجع إلى أصل التداعي، وحينئذ لا يلزمه الاعتراض بما تقدَّم من أن قوله: القول للعبد في الاختلاف في الجنس خلاف المنقول؛ لأنَّا نقول: لو قَصَدَ ذلك لفاته إفادة أن القول للعبد في الاختلاف[3] في القدر والأجل، ثم يكون في كلامه تطويل من غير فائدة.

وَإِنْ أَعانَهُ جَماعَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَقْصِدُوا الصَّدَقَةَ عَلَيْهِ رَجَعُوا بِالفَضْلَةِ، وَعَلَى السَّيِّدِ بِما قَبَضَهُ إِنْ عَجَزَ، وَإِلّا فَلا

يعني: أن المكاتب إن أعطاه جماعة مالًا إعانة له على فكاك رقبته، فأدَّى منه الكتابة، وفضلت بيده منه[4] فضله، فإن كانوا إنما أعطوه ذلك المال ليفك به رقبته لا

(1) في (ع2): (فأجره).

(2) في (ز): (أصح).

(3) عبارة (في الجنس خلاف...في الاختلاف) ساقطة من (ز).

(4) كلمة (منه) ساقطة من (ز).

صدقة عليه، فإنهم يرجعون عليه بتلك الفضلة، ويتحاصون فيها كل بقدرِ ما أعطى.

وهذا معنى قوله: (فَإِنْ لَمْ يَقْصِدُوا...) إلى (بِالفَضْلَةِ).

وقوله: (وعَلَى السَّيِّدِ...) إلى (عَجَزَ)؛ أي: وكذا إن لم يقصدوا بما أعطوا الصدقة على المكاتب، ودفعه لسيده، ثم[1] عجز، فإنهم يرجعون على السيد بما قبض من ذلك المال كما رجعوا بالفضلة على المكاتب، وهذا بَيِّن؛ لأنهم لما أعطوا المال لغرض، ولم يملكوه إياه[2] كان لهم الرجوع بما زاد على حصول ذلك الغرض، كما في الفضلة، وبجميع ما أعطوا إن لم يحصل شيء من الغرض كما فيما قبض السيد.

وقوله: (وإلا فَلا)؛ أي: وإن قصدوا الصدقة على المكاتب بما أعطوه[3]؛ لأنَّ نفيَ لم يقصدوا الصدقة[4] إنما يكون بإثبات قصد[5] الصدقة، فلا رجوع لهم لا[6] في الفضلة، ولا فيما قبض السيد، وهذا -أيضًا- بين؛ لأنَّ الصدقة إنما يقصد بها وجه الله، وذلك لا رجوع فيه، وهذا الحكم عام في كل من أعان مكاتبًا بشيء؛ واحدًا كان[7] أو جماعةً.

وإنما فرضت[8] في الجماعة اتباعًا لنصِّ "المدونة"، ونصها: والمكاتب إذا أعانه قوم في كتابته بمال، فأدَّى منه كتابته، وفضلت فضلة، فإن أعانوه بمعنى الفكاك لرقبته لا صدقة عليه، فليرد عليهم الفضلة بالحصص، ويحللونه منها، وإن عجز فكل ما قبض منه[9] السيد قبل العجز، حل له[10] كان من كسب العبد أو من صدقة عليه،

---

(1) كلمة (ثم) ساقطة من (ز).

(2) عبارة (ولم يملكوه إياه) يقابلها في (ز): (ولا يملكوا إياه).

(3) في (ز): (أعطوا).

(4) كلمة (الصدقة) ساقطة من (ز).

(5) كلمة (قصد) ساقطة من (ز).

(6) كلمة (لا) زيادة انفردت بها (ز).

(7) كلمتا (واحدًا كان) يقابلهما في (ز): (واحد).

(8) في (ز): (فرضه).

(9) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (منها)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(10) كلمتا (حل له) يقابلهما في (ز): (حالة).

فأما لو أعين به على فكاك رقبته، فلم يف ذلك بكتابته، كان لكل من أعانوه[1] الرجوع بما أعطى، إلا أن يحلل منه المكاتب فيكون له، ولو أعانوه صدقة لا على الفكاك، فذلك إن عجز حل لسيده.اهـ[2].

وفي "كتاب ابن سهل" في بعض روايات "الأم"، قلتُ: أفلا يتصدق به؟

قال: لا، ولكن يرده إلى أهله إن عرفهم، وإن[3] لم يعرفهم فليتصدَّق[4] به.

قال ابن القاسم: والصدقة أحب إليَّ إذا لم يعرف أهله من أن / يعين به مكاتبًا[5]. [ز:762ب]

ابن يونس: قال سحنون: وقال أشهب: إن عرفهم؛ رُدَّ عليهم يريد: إذا أعانوه على الفكاك، وإن لم يعرفهم؛ جعله في مكاتبين، أو في رقاب.

قال سَحنُون: ولست أرى ذلك، وأرى إن لم يعرفهم؛ أن يوقف المال بيده أبدًا كاللقطة؛ يريد: في الإيقاف لا[6] في المدة؛ لقوله: أبدًا.

والفرق أن هذا عرف أصحابه، واللقطة لم يعرف صاحبها فأوقفت سنة؛ للحديث، وهذا كوديعة لم يعرف لصاحبها خبر، فقد قيل: يعمر[7]، ثم يتصدق بها[8]، ولا يكفى وقفها سنة[9].

والأصل في قضية المكاتب: فعل زياد بن أبي زياد مولى ابن عياش؛ أعين فردَّ الفضلة على أصحابها بالحصص.

---

(1) في (ز): (أعانه).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/284.

(3) في (ز): (فإن).

(4) كلمة (فليتصدَّق) يقابلها في (ع2) و(ب): (لم يتصدق)، وما أثبتناه موافق لما في التنبيهات.

(5) من قوله: (وفي كتاب ابن سهل) إلى قوله: (يعين به مكاتبًا) بنحوه في التنبيهات، لعياض (بتحقيقنا): 1271/3.

(6) كلمة (لا) ساقطة من (ز).

(7) ما يقابل كلمة (يعمر) بياض في (ز).

(8) في (ب): (فيها).

(9) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 87/6.

قال مالك: وبلغني أنه كتب أسماءهم، وكان يدعو لهم حتى مات[1].

ويقوم[2] من هذه أن مَنْ أخرج مالًا لفداء أسير، فمات أو افتك بغيره أنه يرجع إليه.

وسئل عنها ابن زَرْب فقال بعض مَنْ حضره: يجعل في أسير آخر.

وقال ابن زرب: لا يرجع إليه، وليست هذه مثل تلك[3].

وأشار إلى ما في سماع ابن القاسم من كتاب الهبات والصدقات[4] فيمن أخرج درْهما أو كسرة لسائل فوجده قد انصرف.

قال: لا يأكله، وليتصدق به، وهذا بخلاف[5] مَنْ أعطى زكاة، فلم يأكلها حتى استغنى فإنه يأكلها؛ لأنه أخذها بوجه جائز، ولو أخذها ليغزو بها فلم يغز ردها، ولو أخذها ابن سبيل ليتحمَّل بها، فلم يتحمل لردَّها، وعلى هذا من أعطى مالًا ليستعين به على القراءة، فلم يقرأ فإنه يرده.

وحكي عن أبي محمد صالح عن التادلي -رحمهما الله- أن والد التادلي أعطاه مالًا ليقرأ، فلم يجد في نفسه ما قصد والده فردَّ إليه المال، فحمله والده إلى بعض الأولياء ﵁ يقال: إنه أبو يعزى، فدعا له، وقال: فتح الله لك "المدونة" كما فتحها لسحنون، فكان من التادلي ما كان، مَنْ ترك شيئًا لله عوَّضه الله خيرًا منه.

وقال اللخمي: إنما يرد الفضلة بالحصص، إذا لم يدر لأيهم هي، أو كان قد خلط المال، وإن[6] عرف من أي[7] الأموال هي[8] كانت لصاحبها؛ كان هو المعطي

---

(1) قوله: (والأصل في قضية المكاتب... لهم حتى مات) بنحوه في البيان والتحصيل، لابن رشد: 496/18.

(2) في (ز): (وتقدم).

(3) في (ز): (ذلك).

(4) في (ب) و(ز): (والصدقة).

(5) في (ز): (يخالف).

(6) في (ز): (فإن).

(7) كلمة (أي) زيادة انفردت بها (ز).

(8) كلمة (هي) ساقطة من (ب).

أولًا أو آخرًا[1].

وقال -أيضًا- في قوله: (يحل للسيد ما أخذ قبل العجز من صدقة): هذا إن كان من صدقة التطوع، وأما إن[2] كان من صدقة[3] الزكاة، فإنَّه إن لم يوفِ انتزع من السيد إلا أن يكون فقيرًا، وإن فضلت بيد العبد؛ جاز له إمساكها إن كان ممن يأخذ الزكاة.اهـ[4].

وقال ابن يونس عن أبي عمران: إن ادَّعى السيد فيما أخذ من عبده قبل العجز أنه أعطيه بمعنى الصدقة، وقال المعطون: بل للفكاك ينظر لعرف البلد، فيعمل عليه، فإن لم يكن عرفٌ، فالقول للذين أعانوه مع أيمانهم[5].

وَإِنْ أَوْصَى بِمُكاتَبَتِهِ، فَكِتابَةُ المِثْلِ، إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ

يعني: أن من أوصى أن يكاتب عبده بعد موته، ولم يعين ما يكاتب به، فإنَّ العبد تقوَّم رقبته بعد موت سيده، فإن حمل تلك القيمة ثلث التركة تمت الوصية، وكوتب كتابة مثله.

وإن لم يحملها الثلث خير الورثة بين مكاتبته أو عتق محمل الثلث من العبد[6] بتلًا.

وهذا هو مفهوم الشرط في قوله: (**إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ**)، والضمير للعبد؛ لأنَّه الذي يقوم لا الكتابة.

وإنما لم ينص على حكم هذا المفهوم؛ لأنَّه ذكر حكم ما كان من هذا النوع في باب الوصايا، ولأنَّه نصَّ عليه بقوله[7] في المسألة التي بعد هذه، (**وإلا فَعَلَى**

(1) كلمتا (أولًا أو آخرًا) يقابلهما في (ب): (أولًا وآخرًا) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(2) كلمة (وأما إن) يقابلها في (ز) و(ب): (وإن).

(3) كلمة (صدقة) ساقطة من (ز).

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3996/7.

(5) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 87/6.

(6) كلمتا (من العبد) يقابلهما في (ز): (والعبد).

(7) في (ب): (فقوله).

الوارِثِ...) إلى آخره، وحكمهما في المفهوم سواء.

ولعله قَصَدَ رجوع قوله: (وإِلَّا) للمسألتين، وإن كان يبعده إتيانه مع كل واحد بحرف[1] الشرط، ولكن لا بد من ذلك؛ لاختلاف الجواب فيهما، ولذلك لم يعطف إحداهما[2] على الأخرى.

ونص هذه المسألة من "التهذيب": ومن أوصى أن يكاتب عبده والثلث يحمل رقبته، جاز، وكوتب كتابة مثله على قدر قوته وأدائه، وإن لم يحمله خُيِّرَ الورثة بين مكاتبته، أو عتق محمل الثلث من رقبته بتلًا.اهـ[3].

وإِنْ أَوْصَى لَهُ بِنَجْمٍ فَإِنْ حَمَلَ الثُّلُثُ قِيمَتَهُ جازَتْ، وَإِلّا فَعَلَى الوارِثِ الإجازَةُ أَوْ عِتْقُ مَحْمِلِ الثُّلُثِ

يعني: إن أوصى السيد لمكاتبه بنجم من نجوم الكتابة التي عليه، فإن حمل ثلث التركة قيمة ذلك النجم -وعليه يعود ضمير (قِيمَتَهُ)- جازت الوصية، ولا كلام للورثة.

وإن لم يحمله الثلث، فيجب على الورثة واحد / من أمرين[4]: [ز:763/أ]

إما أن يجيزوا الوصية، وإما أن يعتقوا من العبد محمل الثلث.

قال في "المدونة": ومن وهب لمكاتبه نجمًا بعينه من أول الكتابة أو وسطها[5] أو آخرها، أو تصدَّق به عليه أو أوصى له به، وذلك كله في المرض[6]، ثم مات السيد قوم ذلك النجم، وسائر النجوم بالنقد بقدر[7] آجالها، فبقدرِ حصة النجم منها يعتق الآن من رقبته، ويوضع عنه النجم بعينه إن حمله الثلث، وإن لم يحمله الثلث خُيِّرَ

(1) في (ز): (لحذف).

(2) في (ع2): (أحدهما).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 300/2 و301.

(4) في (ع2): (اثنين).

(5) قوله: (أو أوسطها) يقابله في (ب): (أوسطها).

(6) في (ز): (الثلث).

(7) في (ع2) و(ب): (بعد)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

الورثة في إجازة ذلك أو ابتال محمل الثلث من المكاتب، ويحط عنه من كل نجم بقدرِ ما عتق منه، وليس من النجم المعين خاصة في هذا؛ لأنَّ الوصية قد حالت عن وجهها لما لم يجز الورثة.اهـ[1].

ونصها أبين من نص المصنف، وأكثر فوائد كما ترى، ووصف النجم بكونه معينًا لا بدَّ منه.

قال ابن يونس: تفسير التقويم أن ينظر ما قيمة ذلك النجم من سائر النجوم.

فإن قيل: الربع فالذي يقابله من الرقبة الربع.

وقال أشهب: إنما يجعل في الثلث الأقل من قيمة النجم، أو ما قابله من الرَّقبة، كما لو أوصى له بجميع الكتابة، وأخذ به سحنون، ورواه أبو زيد عن ابن القاسم، وانظر تمام كلامه[2].

قال بعضهم: ويحتمل أن يكون ما رواه أبو زيد تفسيرًا لما في "الكتاب" بأن يقال: معنى قوله: فبقدر حصة ذلك النجم منها يعتق؛ لأنَّه أقل من قيمة ما يقابله من الرقبة.

قلتُ: وهو بعيد.

وإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمُكَاتَبِهِ أَوْ بِما عَلَيْهِ أَوْ بِعِتْقِهِ جازَتْ إِنْ حَمَلَ الثُّلُثُ قِيمَةَ كِتابَتِهِ أَوْ قِيمَةَ الرَّقَبَةِ عَلَى أَنَّهُ مُكَاتَبٌ

يعني: أن سيد المكاتب إن أوصى لأحد بمكاتبه[3]، فيقول: إن[4] مِتُّ فمكاتبي لفلان، أو يقول: فما على مكاتبي من الكتابة لفلان، أو يقول: إن مت فأعتقوا مكاتبي.

زاد في "المدونة": أو يوصي لمكاتبه بما عليه[5]، وإنما لم يذكره المصنف؛

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 301/2.

(2) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 124/6 و125.

(3) في (ز): (بكتابته).

(4) كلمة (إن) ساقطة من (ز).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 300/2.

لدخوله في قوله: (بما عليه)، فإنَّه يشمل الوصية به للمكاتب وغيره، ففي هذه الصور كلها إن حمل الثلث قيمة الكتابة أو قيمة رقبة المكاتب، ويقوَّم على أنه عبد[1] مكاتب أيُّ الأمرين حمل الثلث جازت الوصية.

وهذا الذي ذكر من أنه يجعل في الثلث أحد الأمرين مخالِفٌ لما نقل في "المدونة" من قول ابن القاسم، ولما نقل فيها من قول أكثر الرواة.

أما ابن القاسم فإنَّه يقول: يجعل في الثلث الأقل من قيمة الكتابة، وقيمة الرقبة على أنه مكاتب.

وقول أكثر الرواة: ليس[2] الذي يجعل في الثلث، إما هو أو قيمة الرقبة قيمة الكتابة[3]؛ بل نفس الكتابة، فيحتمل أن يريدوا الأقل[4] من الكتابة وقيمة الرقبة، ويحتمل أن يريدوا[5] أيهما كان، وهذا هو ظاهر ما نقل في "المدونة" عنهم.

والمصنف لعدم ذكره الأقل خالف قول ابن القاسم، ولذكره قيمة الكتابة خالف قول[6] الأكثر، فعلى الاحتمال الثاني خالفهم في هذا الوجه خاصة، وعلى الأول خالفهم فيه[7]، وفي عدم ذكر الأقل، ولو قال: (إن حمل الثلث الأقل من قيمة...) إلى آخر ما ذكر؛ لوافق قول ابن القاسم، ولو قال: (من كتابته)؛ لوافق الأكثر على الاحتمال الأول، ولو قال: (إن حمل الثلث كتابته...) إلى آخر؛ لوافقهم على الاحتمال الثاني، وهو أظهر الاحتمالين، فما نقل المصنف قول ثالث؛ لكنه أخذ من كل قول بطرف، فذكره قيمة الكتابة من قول ابن القاسم، وحذفه الأقل من قول الكثير، ولو لم يذكر لفظ رجل لكان أخصر، وأشمل لكنه اتبع لفظ "المدونة".

ونص المسألة من "التهذيب": ومن أوصى لرجل بمكاتبه أو بما عليه، أو

(1) كلمة (عبد) ساقطة من (ز).

(2) ما يقابل كلمة (ليس) بياض في (ع2).

(3) في (ع2) و(ب): (الكتاب).

(4) كلمتا (يريدوا الأقل) يقابلهما في (ب) و(ز): (يريد والأقل).

(5) في (ز): (يريد).

(6) كلمة (قول) ساقطة من (ع2).

(7) عبارة (وعلى الأول خالفهم فيه) ساقطة من (ب).

أوصى بعتق مكاتبه، أو بوضع ما عليه جُعِلَ في الثلث الأقل من قيمة الكتابة، أو قيمة الرقبة على أنه عبد مكاتب في جزائه وأدائه، كما لو قتل، وقاله ابن نافع.

وقال أكثر الرواة: ليس قيمة الكتابة، ولكن الكتابة، قالوا كلهم: فأيُّ ذلك حمل الثلث؛ جازت الوصية.اهـ[1].

قال الشيخ أبو محمد صالح: قوله[2]: وصفه عبد بمكاتب صفة مدح لا ذم يقال: كم قيمته على أنه عبد يصلح للكتابة في قوته وأدائه.

قلتُ: قد تقدَّم مثله، وتوجيهه لأبي عمران، ونظير الاختلاف هنا الخلاف في دين المدبَّر الذي يرتجى[3] قضاؤه، هل يزكي عدده أو قيمته؟ أو الفرق بين / الحال والمؤجَّل. [ز:763ب]

و: «أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنَّ عَلَيْكَ أَلْفًا» أَوْ «وعَلَيْكَ»[4] لَزِمَ العِتْقُ والمالُ، وَخُيِّرَ العَبْدُ فِي الالْتِزامِ وَالرَّدِّ فِي: «أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَدْفَعَ» أَوْ «تُؤَدِّيَ» أَوْ «إِنْ أَعْطَيْتَ» أَوْ نَحْوِهِ

يعني: أن السيد إذا قال لعبده: أنت حر على أن عليك ألف دينار، أو قال له: أنت حر، وعليك ألف دينار، فإنَّ العتق يلزم السيد في الصورتين ناجزًا، ويلزم العبد - أيضًا - أداء المال.

وهذا معنى قوله: (لَزِمَ العِتْقُ والمالُ)، وهذا[5] مذهب مالك وأشهب، وخالف ابن القاسم فقال: يلزم العتق لا المال في قوله: حر وعليك، ويخير العبد بين القبول والرد في قوله: حر على أن عليك، نقل عنه هذا ابن يونس، وغيره[6].

وقوله: (وخُيِّرَ...) إلى آخره؛ أي: وأما إن قال السيد لعبده: أنت حر على أن

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 300/2.
(2) كلمة (قوله) ساقطة من (ز).
(3) في (ز): (ترتجى).
(4) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (وَعليك ألفٌ).
(5) في (ز): (وهو).
(6) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 458/5.

تدفع إليَّ ألفًا أو على أن تؤدي إليَّ ألفًا[1]، أو أنت حر إن أعطيتني ألفًا أو إن أديت إليَّ[2] أو إن واصلتني، وهذا معنى قوله: (أَوْ نَحْوِهِ)، فإنَّ العبد يخيَّر مع هذه الصيغ بين أن يلتزم المال، فيكون على حكم الكتابة أو يرد، ولا يجبره السيد على ذلك، كما لا يجبره على الكتابة.

وهذه الصيغ من قوله: (عَلَى أَنْ تَدْفَعَ...) إلى آخره من الكتابة، إلا أنَّه لمَّا لم يجد فيها لفظ الكتابة والمال لا ينجم على العبد خالفت حكم الكتابة، فحسن تأخيرها إلى هنا، وأما الصيغتان الأوليان فليستا من الكتابة، أما عند مالك[3] وأشهب[4] فلإلزام العبد المال[5]، وهو لا يجبر على الكتابة.

وأما عند ابن القاسم، فلأنَّه عتق من غير مال، وإنما ذكرهما المصنف في هذا الفصل؛ لمشاركتهما الكتابة في العتق على المال على ما مرَّ عليه من مذهب مالك وأشهب، وهو الذي رجح أصبغ، وقال في قول ابن القاسم: ليس بشيء.

وقال ابن يونس: وقول مالك في ذلك كله أصوب[6].

وقال اللخمي: قول مالك في (وعليك)[7] أحسن؛ لأنَّ ذلك للسيد بغير عتق، فالعتق لم يزده إلا خيرًا[8]، أو لا يعد[9] السيد نادمًا بإردافه المال؛ لأنَّه نسقًا[10] كقول عويمر: "كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللهِ إِنْ أَمْسَكْتُهَا"[11]، فلم يعد مكذبًا لنفسه بأول

---

(1) كلمة (ألفًا) ساقطة من (ز).

(2) في (ب): (لي).

(3) عبارة (حكم الكتابة فحسن... أما عند مالك) ساقطة من (ز).

(4) في (ز): (أشهب).

(5) كلمتا (العبد المال) ساقطتان من (ع2).

(6) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 458/5 و459.

(7) في (ز): (وعليكم).

(8) عبارة (يزده إلا خيرًا) يقابلها في (ع2) و(ب): (يرده الأخير) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(9) في (ب): (يعده).

(10) في (ز): (يسبق)، وفي (ب): (قسوة)، وما خترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(11) متفق على صحته، رواه مالك في باب ما جاء في اللعان، من كتاب الطلاق، في موطئه: =

لفظه[1].

ونص قوله: (عَلَى أَنَّ عَلَيْكَ) من "المدونة" قوله[2] في كتاب المكاتب -حين ذكر مكاتبة[3] العبدين أحدهما غائبٌ، وتقدَّمت في قول المصنف: (والمَأْخُوذُ مِنْها الجَبْرُ)[4]-: كقول مالك فيمن أعتق عبده على أن عليه كذا وكذا، فيأبى ذلك العبد؛ أن العتق جائز، والمال لازم للعبد[5].

ونص قوله: (وعَلَيْكَ) منها -أيضًا- قوله في العتق الثاني: ومن قال لعبده: أنت حر السَّاعة بتلًا، وعليك مائة دينار إلى أجل كذا، فقال مالك وأشهب: هو حر الساعة ويتبع بالمائة أحب أم كره.

وقال ابن القاسم: هو حر، ولا يتبع بشيء، وقاله ابن المسيب.اهـ[6].

فإن قلتَ: زاد فيها السَّاعة بتلًا، ولم يذكره المصنف، فلعلَّ بينهما فرقًا في الحكم.

قلتُ: لا فرق؛ لأنَّ ابن يونس قال: وإن كان إنما قال: (أنت حر) ولم يقل: (السَّاعة بتلًا)[7]، فهي[8] كقوله: (أنت حر وعليك) أو (على أن عليك) يعتق ويتبع مثل الأول، وفي (أنت حر على أن تدفع)[9] لا يعتق حتى يدفع.

= 813/4، برقم (515).

والبخاري في باب من أجاز طلاق الثلاث، من كتاب الطلاق، في صحيحه: 42/7، برقم (5259).

ومسلم في باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، وغيرها بوضع الحمل، من كتاب الطهارة، في صحيحه: 1129/2، برقم (1492) جميعهم عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه.

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3832/7 و3833.

(2) في (ع2): (لقوله).

(3) في (ز): (مكاتبته).

(4) انظر النص المحقق: 9/ 371.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 280/2.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2 /250.

(7) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (أصلًا)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(8) في (ز): (في).

(9) في (ز): (يدفع).

ثم قال أيضًا: ومذهب ابن القاسم في (أنت حر) و(عليك) سواء قال: (الساعة بتلًا)، أو لم يقل، فإنَّه حر في الوجهين ولا شيء عليه، وفي (أنت حر على أن عليك) سواء -أيضًا- قال: الساعة بتلًا أو لا يخيَّر العبد، فإن شاء عتق واتبع، وإن كره الغرم فلا حرية له.اهـ(1).

ولذا اختصر المصنف الساعة بتلًا.

وقال ابن يونس في قوله: أنت حر الساعة بتلًا، وعليك(2): ابن المواز: قال أصبغ: لم يجد قول ابن القاسم هذا على أصل، وليس بشيء، والصواب قول مالك وأصحابه، وأهل المدينة وقاله ابن شهاب، وكأنَّه باعه من نفسه، وهو كاره، فذلك لازم له، كما يزوجه كارهًا وينتزع ماله كارهًا، وكما له أن يلزمه ذلك(3) بغير حرية، فلم تزده الحرية إلا خيرًا.

ابن يونس: ووجه قول ابن القاسم: أنه لا يكون حرًّا متبوعًا؛ لأنَّ هذا من باب الاستسعاء، وكما لو أعتقه على أن يخدمه بعد العتق سنة لا شيء عليه، فكذا هذا.

قال سحنون في "المستخرجة": قول مالك: أنت حر وعليك، أو على أن عليك سواء هو حر، وعليه ما سمَّى، وبه أقول.

وقال ابن القاسم في حر على أن عليك يخيَّر العبد في العتق واتباعه أو لا يغرم، ولا حرية له.اهـ(4).

ونص قوله: (عَلَى أَنْ تَدْفَعَ) من "المدونة": مالك: وإن قال له: أنت حر(5) على أن تدفع إليَّ مائة دينار، لم يعتق إلا بأدائها.

قال ابن القاسم: وللعبد أن لا يقبل ذلك، ويبقى رقيقًا، ذكر السيد أجلًا للمال أم

---

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 459/5.

(2) كلمة (وعليك) يقابلها في (ب): (أو عليك).

(3) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز).

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 458/5.

(5) كلمة (حر) ساقطة من (ز).

لا.اهـ[1].

[ز:764/أ]

وقول ابن القاسم تفسير لقول / مالك، وهما متفقان.

وقوله: (وللعبد أن لا يقبل)؛ أي: وله أن يقبل ويلزمه المال؛ لأنَّه إذا كان له أن لا يقبل كان له أن يقبل، وهو معنى قول المصنف: (وخُيِّرَ)،

وأما قوله: (عَلَى أَنْ تُؤَدِّي)، فليست في "المدونة" لكن المعنى فيها قريب من قوله: (عَلَى أَنْ تَدْفَعَ) حتى قال ابن عبد السلام: قالوا: والاتفاق فيها على أن العبد لا يعتق إلا بالأداء[2]، وله أن يرد ولا يقبل.اهـ[3].

وقال في "التنبيهات" في قوله: (عَلَى أَنْ تَدْفَعَ).

قال بعض شيوخ[4] القرويين: ولم يختلف المذهب أن العبد بالخيار بين القبول والرد، وأنَّه إن قبل لم يعتق حتى يدفع، وكذا يجيء على قولهم، وعلى مذهبه إن قال: على أن تؤدي إليَّ أو تعطيني أو تجيئني بكذا؛ كله بمعنى واحد لا يحق[5] فيه العتق إلا برضا العبد، والمجيء إليه بما قال.

وكذا في كتاب محمد الجواب في أن تؤدي إليَّ لا يعتق حتى يؤدي، ويقبل العبد، وله أن لا يقبل؛ لأنَّه من ناحية الكتابة.اهـ[6].

فهذا الكلام يقتضي[7] أنها منصوصة في كتاب محمد على نحو ما قال المصنف، ويقتضي -أيضًا- استواء (على أن تؤدي) أو (على[8] أن تدفع).

وفي "المقدمات": والصواب أن لا فرق بين (على أن تدفع) أو (على أن[9]

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 251/2.

(2) في (ب): (بأداء).

(3) شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 184/17.

(4) في (ز): (الشيوخ).

(5) في (ز): (يجيء).

(6) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1274/3.

(7) كلمتا (الكلام يقتضي) يقابلهما في (ز): (الكلام لا يقتضي).

(8) كلمتا (أو على) يقابلهما في (ع2) و(ز): (وعلى).

(9) كلمتا (على أن) ساقطتان من (ز).

تؤدي).اهـ[1].

وفي كتاب العتق من "النوادر": ومن "العتبية" قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إذا قال: أنت حر على أن عليك خمسين أن العبد يخيَّر[2] إن شاء أن يتبع بها ويعجل عتقه، وإن كره أن يكون غريمًا فلا عتاقة له، وإن قال: أنت[3] حر على أن تعطيني خمسين دينارًا، فإن عجلها عتق، وإلا فلا عتاقة له.اهـ[4].

فقوله: (على أن تعطيني) مساوٍ لقوله: على أن تؤدي.

وأما قوله: (**أَوْ إِنْ**[5] **أَعْطَيْتَ**) أو نحوه فليس لفظ: إن أعطيت في "المدونة" لكن فيها إن أدَّيت، وهو مرادف؛ لـ(إن أعطيت) أو كالمرادف، وكذا في "التنبيهات"، فإنه قال: إن أدَّيت إليَّ أو أعطيتني أو جئتني أو إذا أو متى ويشبه[6] ذلك ظاهر الحكم أن[7] لا فرق بين ذلك وبين على أن تدفع إليَّ، أو على أن تؤدي إلي في تخيير العبد.انتهى بالمعنى[8].

وما ذكر من الألفاظ مع أعطيتني هو الذي أشار إليه المصنف بقوله: (**أَوْ نَحْوُه**).

ونص ما في "المدونة" من ذلك قوله في العتق الثاني: ومن قال لعبده: إن جئتني أو متى ما جئتني[9]، أو متى ما أديت إليَّ، أو إذا أدَّيت إليَّ[10]، أو إن أدَّيت إلي ألف درهم، فأنت حر، فإنَّه إذا أتى بالألف عتق، وإن لم يأتِ بها فهو عبدٌ، ويتلوم له، ولا تنجم عليه، وليس للعبد أن يطول بسيده ولا للسيد[11] أن يعجل بيعه إلا بعد تلوم

---

(1) المقدمات الممهدات، لابن رشد: 181/3.

(2) في (ز): (مخير).

(3) كلمة (أنت) ساقطة من (ب).

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 459/12.

(5) كلمتا (أو إن) يقابلهما في (ز): (وإن).

(6) في (ز): (وشبه).

(7) كلمة (أن) زيادة انفردت بها (ز).

(8) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1283/3.

(9) عبارة (أو متى ما جئتني) ساقطة من (ز).

(10) عبارة (أو إذا أدَّيت إليَّ) ساقطة من (ز).

(11) في (ز): (لسيده).

السلطان له بقدرِ ما يرى.

ثم قال في آخر المسألة: لأنَّ[1] العبد هنا[2] كالمكاتب يتبعه ماله، ويمنع السيد من كسبه أيضًا.اهـ[3].

فقوله: (كالمكاتب) يدل على أنَّ العبد[4] يخيَّر كما يخير المكاتب، وسياقة المصنف لهذا الفصل في هذه المسائل أحسن من سياقة ابن شاس وابن الحاجب لها، فإنهما أشارا[5] إليها إشارة خفيفة مع إجمال لا يوافق المنصوص فيها على التفصيل والمصنف أشار إلى أمهاتها.

ومن أراد تحصيل القول في هذه المسائل على التفصيل، وما في كل واحد[6] منها من الخلاف، فعليه بمطالعة "التنبيهات" للقاضي عياض رَحِمَهُ ٱللَّهُ فإنَّه جعلها خمس مسائل، واستوفى القول في كل مسألة، واختصر كلامه الشيخان ابن رشد[7] وابن عبد السلام[8]، وقصد الاختصار منعني من جلب كلام القاضي، وكلام غيره فيها، والله الموفق للصواب بمنه.

❁❁❁

(1) في (ز): (أن).

(2) في (ز): (ههنا).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 245/2.

(4) في (ع2): (للعبد).

(5) في (ع2) و(ز): (أشار).

(6) في (ز): (واحدة).

(7) في (ز): (راشد).

(8) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1272/3 وما بعدها.

باب [في أحكام أم الولد]

قوله: (بابٌ) هذا الباب[1] هو باب أمهات الأولاد، وقد تقدَّم السبب في تأخيرِه عن سائر أبواب العتق، وهو أنَّ عقدَ العتق فيه إنما كان حكميًّا لا إنشائيًّا، فكان قصدُ القربة[2] فيه ضعيفًا؛ لأنَّ موجب هذا العتق[3] في الأمة إنما هو بولادتها من السيد، والولادة غير مقدورة له؛ فلا تتأتى منه نيتها، وإن تأتَّى له النية في الوطء، فالوطء لا يستلزم[4] الولد.

وأيضًا فإن سائر أبواب العتق أحكامها تعمُّ الذكر والأنثى، وحكم هذا الباب خاص بالأنثى وبولدها[5].

وقال ابن عرفة: أم الولد: هي الحر[6] حملها من وطء مالكها عليه جبرًا، فتخرج المستحقة حاملًا من زوج؛ لأنه غير مالك، وتدخل المستحقة حاملًا من مالك على أخذ قيمتها بدلها[7]، وتخرج أمة العبد يعتق سيده حمله منها عنه؛ لأنه غير جبر. اهـ[8].

[ز:764ب] قلتُ: هذا / الحد لا جامع ولا مانع؛ إذ لا يصدق على شيء من أفراد المحدود؛ لأن حكم أمومة الولد لا يثبت للأمة إلا بعد الوضع، وأمَّا بمجرد الحمل وقبل الوضع، كما هو ظاهر لفظه؛ فلا؛ لاحتمال أن لا يكون ما ظهر حملًا، فلو قال: (ولدها) بدل (حملها) لكان أشبه.

وهو مع ذلك غير مطرد؛ لدخول من أعتقها مالكها بعد الولادة منه، فإنها بعد

(1) كلمتا (هذا الباب) زيادة انفردت بها (ز).

(2) في (ب): (القرينة).

(3) في (ز): (العقد).

(4) في (ز): (يلتزم).

(5) كلمة (وبولدها) ساقطة من (ب) و(ع2)، وقد انفردت بها (ز).

(6) في (ب): (التي) وما أثبتناه موافق لما في مختصر ابن عرفة.

(7) كلمة (بدلها) يقابلها في مختصر ابن عرفة: (بولد لها).

(8) المختصر الفقهي، لابن عرفة: 10/ 406 و407.

العتق لا تسمَّى أم ولد ولا لها حكمها، وكذا من أولدها سيدها ثم ألفاها أخت رضاعة؛ فإنها تعتق عليه، ولا خدمة[1] له فيها، وكذا ما أشبهها من المحرمات، وكذا من أولدها سيدها، ثم وطئها أبوه، أو وطئها قبْل إلى غير ذلك من الصور التي لا يقر[2] فيها للمالك على من أولدها ملك[3] بعتقها عليه حكمًا.

وقوله في أمة العبد: (حمله منها) كذا وجدته في نسختين، والصواب: (حملها منه) والضمير في (عنه) الظاهر أنه للعبد الأب؛ أي: أعتق السيد الأعلى ابن عبده من أمة ذلك العبد عليه، وحينئذٍ نمنع[4] كَوْن هذا العتق لا جبر[5] فيه على من أعتق عنه؛ إذ لا خيار للأب في ردِّه بأن لا يقبله، وهذا معنى كونه جبرًا.

فإن قلتَ: بل معناه أنه[6] يجب عتقه شرعًا على أبيه، والأب العبد هنا لا يجب ذلك عليه!

قلتُ: إنْ[7] كان هذا هو المراد فهي خارجة بقوله: (عليه) لا بقوله: (جبرًا).

فإن قلتَ: ما قولك في الأمة بين الشريكين يولدها أحدهما وهو عديم بغير إذن شريكه، واختار الشريك التماسك بنصيبه فيها، وبيعه في القيمة التي ترتبت له عليه على القول بذلك، هل تدخل في هذا الحد، ويكون غير مطرد؛ إذ ليس للواطئ وطؤها بعد ذلك؛ للرق[8] الذي يرد فيها، فلا تكون بحكم أم الولد، أو لا تدخل وتخرج بقوله: (المالك) وهذا ليس بمالك؟

قلتُ: كلا الأمرين محتمل، وفيها بحث يطول ذكره، ولا سيما على قول الغير في

---

(1) في (ز): (حرمة).

(2) في (ع2) و(ب): (يعد).

(3) ما يقابل كلمة (ملك) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(4) في (ز): (يمنع).

(5) في (ز): (خير).

(6) في (ب) و(ع2): (أن).

(7) كلمة (إن) ساقطة من (ب).

(8) في (ب) و(ع2): (للفرق) ولعل الصواب ما أثبتناه.

"المدونة": إن نصفها بحكم أم الولد، ونصفها بحكم القن[1]، ويكون المراد بالمالك مالك الكل[2] أو البعض[3].

وفي تخصيصه خروج المستحقة حاملًا من زوج؛ نظر[4].

قوله: (وتدخل...) إلى آخره يدل على أنه أراد المالك في ظاهر الأمر، ويمكن[5] رسم أم الولد بقولك: الأمة التي[6] ثبت وطء سيدها إياها، ولم يدَّع[7] استبراء بعده[8]، ثم وضعت -ببينة، أو بدعواها مع قرينة تصدقها- ما يصح كونه من ذلك الوطء من علقة فما فوقها من أطوار الإنسان، ولا يخلو مع هذا من اعتراض.

إنْ أَقَرَّ السَّيِّدُ بِوَطْءٍ، ولا يَمِينَ إنْ أَنْكَرَ كَأَنِ اسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ وَنَفاهُ وَوَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَإلّا لَحِقَ بِهِ -وَلَوْ لأَكْثَرِهِ[9]- إنْ ثَبَتَ إلْقاءُ عَلَقَةٍ فَفَوْقُ وَلَوْ بِامْرَأَتَيْنِ كَادِّعائِها سِقْطًا رَأَيْنَ أَثَرَهُ؛ عَتَقَتْ مِنْ رَأْسِ المَالِ وَوَلَدُها مِنْ غَيْرِهِ

الظاهر أن جواب قوله: (إِنْ أَقَرَّ) قوله: (عَتَقَتْ...) إلى آخره.

وقوله: (إِنْ ثَبَتَ) -الذي هو الشرط الثاني- قيدٌ في الشرط الأول، كتقييد الحال لصاحبها، وهذا هو الذي أرتضيه من الأقوال في توالي شرطين بجواب واحد نحو:

وإن تَستغيثوا بنا إن تُذْعَرُوا تَجِدوا ... منا معاقلَ عِزٍّ زانَها كَرَمُ[10]

فإن المعنى: إن تستغيثوا بنا مذعورين.

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 325/2 و326.

(2) في (ز): (الملك).

(3) كلمتا (أو البعض) يقابلهما في (ب): (والبعض).

(4) كلمة (نظر) ساقطة من (ز).

(5) عبارة (في ظاهر الأمر، ويمكن) ساقطة من (ز).

(6) في (ز): (الذي).

(7) في (ز): (تدع).

(8) في (ز): (بعد).

(9) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (وَلَوْ أَتَتْ لأَكْثَرِهِ).

(10) البيت منسوبًا لابن مالك وهو في الفروق، للقرافي: 83/1.

والمعنى في كلام المصنف: إن أقرَّ سيد أمة -؛ لأن الألف واللام في قوله: (السَّيِّدُ) للجنس- بوطئها، وقد (ثبت) أو ثابتًا إلقاؤها (عَلَقَة) فما فوق يعني: من المضغة المُخَلَّقة وغيرها حيًّا أو ميتًا.

ويعني -أيضًا- بما يمكن أن يكون من ذلك الوطء، يدل عليه قوله قبل: (ووَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ)، ويعني: فأكثر، وذلك معلوم؛ لأنه أحرى، ولقوله: (ولَوْ لِأَكْثَرِهِ) (عَتَقَتْ) الأمة التي ثبت لها الإقرار بالوطء مع إلقائها ما يمكن أن يكون منه من الولد المذكور.

وقوله: (مِنْ رَأْسِ الْمَالِ) يدل على أنَّ هذا العتق إنما يحصل لها بعد موت سيدها؛ لأنَّ هذه العبارة تطلق في مقابلة الثلث، وذلك لا ينظر فيه إلا بعد الموت.

وكذلك يعتق معها من رأس المال بعد موت السيد ولدها من غير سيدها الواطئ مما ولدته من غيره بعد أن أولدها يدل عليه ما يأتي.

وقوله: (عَتَقَتْ) واقع موقع كانت أم ولد، لكنَّه عبَّر عن[1] ذلك بلازمه اختصارًا؛ لأنَّ من لوازم كونها أم ولد عتقها بعد موت سيدها من رأس ماله.

وأصل الكلام صارت أم ولد، وعتقت من رأس مال، فقوله: (ووَلَدُهَا) مرفوعٌ بالعطف على ضمير الفاعل في (عَتَقَتْ)، ولم يؤكده بالمنفصل؛ / للفصل هذا سبك الشرط وجوابه، وما بينهما جمل اعتراض مفيدة[2] لأحكام متصلة بما دلَّ عليه الشرط. [ز:765/أ]

وقوله: (ولا يَمِينَ إِنْ أَنْكَرَ) يعني: إن ادَّعت الأمة على سيدها أنه أولدها، وأنكر السيد وطأها؛ لم يلحقه ولدها، ولا يجب لها عليه يمين، ولو حققت عليه الدعوى؛ لأَنَّ دعواها الإيلاد من باب دعوى العبد على سيده العتق، وهي لا يجب بها[3] على السيد يمين -كما تقدَّم- فمفعول (أَنْكَرَ) في كلام المصنف ضمير (وطء)، حذفه؛

---

(1) في (ز): (في).

(2) ما يقابل كلمة (مفيدة) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(3) في (ز): (لها).

لأنه مفهوم.

وقوله:(كَأَنِ...) إلى (أَشْهُرٍ) أي[1]: وكذا لا يحلقه ولدها إن أقرَّ بوطئها، ثم ادَّعى أنه استبرأها بعد وطئه إياها بحيضة، وولدت[2] لستة أشهر من[3] يوم الاستبراء الذي ادَّعاه، أو ولدته لأكثر من ستة أشهر من يوم ذلك[4] الاستبراء -أيضًا- وقالت: (هذا الولد من السيد) ونفاه هو اعتمادًا على استبرائه بحيضة، وإذا كان لا يلحق لستة أشهر من يوم الاستبراء، فأحرى أن لا يلحق لأكثر.

ولذا اقتصر المصنف على (سِتَّةٍ) فظهر أن التشبيه في قوله: (كَأَنِ) راجعٌ إلى عدم لحاق الولد، ويحتمل رجوعه إلى[5] تصديقه في الاستبراء، كما يصدَّق في إنكار الوطء، ويحتمل رجوعه إلى الأمرين، إلَّا أن تصديقه في دعوى الاستبراء من غير يمين مختلفٌ فيه كما ترى.

وقوله: (وإلَّا...) إلى (لِأَكْثَرِه) أي: وإن أقرَّ بالوطء ولم يدَّع استبراء بعده؛ لحق به ما أتت به من ولد بعد الوطء، إذا كان لستة أشهر فأكثر من يوم الوطء، ولو كان إتيانها به لأكثر مدة الحمل، وأقصاها وهي أربع سنين على ما في العتق الثاني[6]، وخمس على ما في العدة[7].

وقيل: سبع[8].

وقيل: ما يرى من غير تحديد.

ويشمل قوله: (وإلَّا) مفهوم قوله: (ونَفَاهُ) فإنه شرط -أيضًا- لعطفه[9] على

---

(1) كلمة (أي) ساقطة من (ب).

(2) في (ب) و(ع2): (ولدت) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) كلمة (من) ساقطة من (ع2).

(4) كلمة (ذلك) زيادة انفردت بها (ز).

(5) في (ب): (وإلى).

(6) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 206/3، وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 247/2.

(7) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 443/2، وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا):148/2.

(8) قوله: (وقيل: سبع) بنصِّه في التفريع، لابن الجلاب: 67/2.

(9) في (ب) و(ع2): (لعطف) ولعل الصواب ما أثبتناه.

استبراء الذي هو شرط؛ أي: وإن استبرأ ولم ينفه؛ لحق به (ولَوْ لِأَكْثَرِهِ)، وهو مفهوم صحيح.

ويتناول -أيضًا- على تكلف مفهوم قوله: (ووَلَدَتْ لِستَّةٍ) أي: وإن استبرأ وولدت لأقل من ستة من يوم الاستبراء؛ لحق به، وهو ظاهر.

وإنما قلنا: إن فيه تكلفًا؛ لقوله: (ولَوْ لِأَكْثَرِهِ) فإنه مناقضٌ له[1]؛ نعم يقال: لمَّا[2] كان قوله: (وإلَّا) يدخل فيه إن لم يستبرئ، وإن لم ينفه، وإن لم تلد لستة؛ بل لأقل كان قوله: (وَلَوْ لِأَكْثَرِهِ) راجعًا إلى ما عدا وإن لم تلد؛ للقرينة العقلية، ولا أعلم لإتيانه بـ(لَو) في قوله: (ولَوْ لِأَكْثَرِهِ) وجهًا، فإني[3] لا أعلم خلافًا أن الولد يلحق به إن أقرَّ بالوطء ولم يدع استبراء لأقصى الحمل.

وفي أول كتاب أمهات الأولاد من "النوادر": قال سحنون: ولا خلاف بين أصحابنا أنه[4] إنْ لم يدع استبراء أن الولد يلزمه إلى أقصى حمل النساء[5].

ولا يشمل قوله: (وإلَّا) مفهوم قوله أولًا: (إِنْ أَقَرَّ)؛ لأنه فاسد؛ إذ يكون المعنى: وإن لم يقر[6] بالوطء؛ لحق به، وهذا باطلٌ؛ إلا أن يريد: وإن لم يقر وشهد به عليه؛ لحق به، فيصح لكنَّه فرع لم يُنبه عليه.

ولو قال بعد قوله: (لَحِقَ بِهِ) أو بعد قوله: (لِأَكْثَرِهِ) كإن أنكر وشهد به عليه لكان أجمع.

وقوله: (ولَوْ بِامْرَأَتَيْنِ) أي: ولو ثبت إلقاؤها ما ذكر من العَلَقَةِ فما فوقها بشهادة امرأتين؛ فإنها تعتق وأتى بـ(لَو) -أيضًا- تنبيهًا على قول من يرى أن الولادة لا تثبت بشهادة امرأتين، حكاه اللخمي[7].

---

(1) ما يقابل كلمتي (مناقض له) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(2) في (ب) و(ع2): (لو) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) في (ب) و(ع2): (فإنه) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) كلمة (أنه) ساقطة من (ز).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 123/13.

(6) في (ز): (يكن).

(7) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4035/7.

وقوله: (كادِّعائِها...) إلى (أَثَرَهُ) أي: كما يثبت للتي أقر السيد بوطئها أو أنكر[1] وشهد به عليه -وإن لم يذكره المصنف- كونها أم ولد بإلقاء ما شهد به المرأتان من علقة ففوقها، كذلك يثبت لها ذلك بادعائها أنها حملت من وطء سيدها وأسقطت ما هو علقة ففوقها، وإن لم يشهد النساء برؤية السقط لكنهن رأين أثره من الدم، وصُفْرة لونها، وغير ذلك من آثار النفاس.

ونص ما تضمَّنه قوله: (إِنْ أَقَرَّ...) إلى قوله: (لِأَكْثَرِهِ) منطوقًا ومفهومًا ما عدا قوله: (وَلَا يَمِينَ إِنْ أَنْكَرَ) من "المدونة" قوله: ومَنْ أقرَّ بوطء أمته ولم يدع استبراء؛ لزمه ما أتت به من ولدٍ لأقصى ما يلد له النساء، إلا أن يدَّعي الاستبراء بحيضةٍ لم يطأ بعدها ونفى الولد، فيصدَّق في الاستبراء، ولا يلزمه ما ولدت لأكثر من ستة أشهر من يوم الاستبراء.اهـ[2].

إلا أن قوله: (لأكثر من ستة أشهر) هو ما قلنا: إن كلام المصنف يدل عليه بالأحروية.

[ز:765ب] قال ابن يونس: قال سحنون في كتاب ابنه: أو لستة أشهر، فأمَّا إن ولدته / لأقل من ستة أشهر من يوم الاستبراء؛ فإنه يلزمه[3].

واقتصَرَ المصنف على قول سحنون اختصارًا، وقول سحنون: (فأمَّا إن ولدته لأقل) هو ما قلنا: إن كلام المصنف يدل عليه بالمفهوم بتكلف، وهو -أيضًا- مفهوم من "المدونة".

قال بعضهم: ولو كان لأقل من ستة أشهر بنقصان الأهلة؛ كان حكمه حكم ستة أشهر على ما ذكر عياض من الخلاف في ذلك في كتاب العدة[4].

وأما قوله: (ولا يَمِينَ إِنْ أَنْكَرَ) فنصه من اللخمي: وإن أنكر الوطء والولادة، ولم يكن إلا قولها من غير بينة على اعترافه بالوطء ولا على الولادة؛ كان القول قوله،

---

(1) في (ز): (أنكره).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 306.

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/141.

(4) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 2/1017 و1018.

ولا يمين عليه على ما قال[1] محمد، والصواب أن يحلف إن كانت من العلي.

وقال قَبْل هذا -أيضًا-: أما إنكاره الوطء، فلم يختلف المذهب أنَّ القول قوله رائعة كانت أو وخشًا.

قال محمد: ولا يمين عليه، كدعوى العتق، وأرى أن يحلف إن كانت من العلي؛ لشهادة العادة بتصديقها، وله تُشْتَرى، ودعوى الرجل غير ذلك لا تشبه وخالف العتق؛ لأنه نادر والوطء غالب.

ولو قيل: لا يصدَّق على الوطء إن طال مقامها؛ لكان له وجه، ولو عُلِمَ منه ميله إلى الوخش؛ لأُحْلِف، ولو كانت سوداء.اهـ[2].

هذا ما يخص اليمين مع إنكار الوطء.

وأما ما يستفاد من كلامه من نفي اليمين مع دعوى الاستبراء بحيضة الذي[3] يمكن رجوع التشبيه إليه في قوله[4]: (كَأَن) على ما قدَّمنا من الاحتمالات، وهو مذهب ابن القاسم وأشهب، فنصه من ابن يونس: قال ابن سحنون: قلتُ لسحنون: روى عبد الملك أن مالكًا قال: إذا استبرأ بثلاث[5] حيض؛ حلف وبرئ، فقال سحنون: الذي ثبت عن مالك وعبد العزيز حيضة، وأما اليمين؛ فليست عليه عند ابن القاسم وأشهب.

قيل لابن المواز: فلم أسقطت[6] عن السيد اليمين؟

قال: لأَنَّ ذلك كدعواها أنه أعتقها، ولا يلزمه في العتق، ولا في الطلاق[7]، ولا ما[8] كان من باب الحدود كلها يمينٌ لمدَّعيها.

---

(1) في (ب) و(ع2): (قاله)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4032/7 وما بعدها.

(3) في (ز): (التي).

(4) في (ب): (قولنا).

(5) في (ز): (ثلاث).

(6) في (ز): (أسقط).

(7) عبارة (ولا في الطلاق) يقابلها في (ب): (والطلاق).

(8) كلمة (ما) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

قال بعض أصحابنا: إنما رأى عبد الملك اليمين؛ للزوم اللعان في الحرائر، فجعل اليمين في الإماء عوضًا من اللعان.

وقال بعض شيوخنا: لو نكل؛ دَخَلَه الخلاف فيما إذا قام له شاهد بالعتق، فيلزمه الولد على قوله: يعتق بالنكول، وعلى الآخر: يسجن حتى يحلف.اهـ(1).

ونظر بعضهم جعل عبد الملك اليمين في الإماء مقابلة اللعان في الحرائر بقول مالك: يقتص في الجراح بشاهدٍ ويمين قياسًا على القسامة في النفس مع الشاهد.

وقال اللخمي: إنْ اعترف بالوطء والولادة وادَّعى الاستبراء، فلمالك في "المدونة": ينفيه بحيضة.

زاد محمد: بغير يمين.

ولابن الماجشون في كتاب محمد: بثلاثٍ ويمين.

وقال المغيرة مرة: لا ينفيه بالحيض وهو ولده؛ إلا أن تأتي به لبعد خمس سنين، ثم رجع، فقال: ينفيه بثلاث.

وقال ابن مسلمة: يصدَّق إلَّا أن يُتَّهم، فيحلف بعد استبراء، فإن نكل؛ لحق به الولد ولم يرد اليمين.اهـ(2).

ونقل بعضهم عن عيسى أنه يحلف مطلقًا.

قال: وهو أظهر؛ لأنَّ دعواها قد حققتها، فلا فرق بين المتهم وغيره.

قال اللخمي: والنفي بالاستبراء ضعيف؛ لأن الحامل تحيض إلا أن يظن بالأمة الفساد، فيترجَّح النفي بالاستبراء، وإن عرفت بالعفاف؛ لم ينتفِ(3).

وأمَّا ما أشار إليه من الخلاف بقوله(4): (وَلَوْ بِامْرَأَتَيْنِ) فقال اللخمي في الفصل الذي ذكر فيه (إن اعترف بالوطء وأنكر الولادة ولا ولد معها): واختلف إذا شهدت

---

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 141/6 و142.

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4036/7، وما تخلله من قول محمد فهو في النوادر والزيادات: 123/13 و124.

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4036/7.

(4) كلمة (بقوله) ساقطة من (ع2).

امرأتان بالولادة، فرأى ابن القاسم أنها تكون أم ولد، ومنعه سحنون وربيعة إذا لم يكن معها ولد(1).

قلتُ: وما كان ينبغي أن يشير لهذا الخلاف، فإنَّ المشهور قبول المرأتين في هذا الباب؛ كان معها ولد أم لا، وهو مذهب "المدونة" كما ذكر اللخمي(2).

ونقل ابن يونس عنها: وإن كان إنما ادَّعت أنها أسقطت(3)، أو ولدت منه، ولا ولد معها؛ فلا يمين على السيد كدعواها(4) العتق، ولا تكون أم ولد إلا ببينة على إقراره بالوطء، وامرأتين على الولادة، فتكون حينئذٍ أم ولد، ويثبت نسب ولدها إن كان معها ولد؛ إلَّا أن يدَّعي استبراءً بعد الوطء؛ فذلك له.

وإن أقامت شاهدًا بإقراره بالوطء، وامرأتين بالولادة؛ حلف كالعتق، وكذلك يحلف مع امرأة بإقراره / بالوطء وامرأة على الولادة(5). [ز:766/أ]

قلتُ: وهذا المعنى في كتاب أمهات الأولاد من "التهذيب"(6)، وإنما جلبت نص ابن يونس؛ لزيادة فيه.

وأما ما ذكر من ثبوت كونها أم ولد بإلقاء العلقة فما فوقها، فنصَّ غير واحد كابن شاس(7) وابن الحاجب(8).

وفي "التلقين" -ومثله في "المعونة"-: ولا يراعى وضع ولد كامل الخلقة؛ بل ما استحال عن النطفة إلى علقة أو مضغة؛ فيثبت لها به حرمة الاستيلاد(9).

---

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4033/7.

(2) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4033/7.

(3) في (ب) و(ع2): (أسقطته) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) في (ع2): (كدعوتها).

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 148/6.

(6) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 319/2 و320.

(7) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1213/3 و1214.

(8) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 799/2.

(9) التلقين، لعبد الوهاب: 2 /208، والمعونة، لعبد الوهاب: 401/2.

ومثله[1] لابن رشد في "المقدمات"، وانظر ما حكى في ذلك من الخلاف وتوجيهه، قال: واشترط الشافعي التصوير في بعض الأعضاء، وكذا أبو حنيفة.

واختلف المذهب هل يكتفي في ذلك بالدَّم المجتمع؟ أم لا[2]؟

وفي "النوادر" من كتاب ابن سحنون: قال ابن وهب عن مالك: ومن كتاب ابن حبيب: قال مطرف عن مالك: تكون الأمة أم ولد بكل ما أسقطت، إذا علم أنه مُخلق، وفيه تجب الغرة.

قال ابن القاسم: وإن لم يَبِنْ[3] شيء من خلقه، إذا أيقن النساء أنه ولد مضغة كان أو علقة، أو دمًا.

قال أشهب: إذا طرحت دمًا مجتمعًا أو غير مجتمع؛ فلا تكون به أم ولد، قال: وإذا صار علقة؛ خرج من حَدِّ النطفة والدم المجتمع[4].

وأما قوله: (كادِّعائِها) فنصه من "المدونة" قيل: فإن أقرَّ بوطء أمته، فأتت بولد، فأنكر السيد أن تكون ولدته.

قال: سُئِلَ مالك عن المطلقة تدَّعي أنها قد أسقطت وانقضت عدتها، ولا يعلم ذلك إلا بقولها، فقال: لا يكاد يخفى عن[5] الجيران الولادة والسقط، وإنها لوجوهٌ يصدَّق النساء فيها وهو الشأن، ولكن لا يكاد هذا يخفى عن الجيران، فكذلك مسألتك في ولادة الأمة.اهـ[6].

ومثله في كتاب الاستبراء، وفي كتاب القذف[7]: إن أقرَّ بوطء أمته، فأتت بولدٍ، فقال لها: لم تلديه، ولا علم لجيرانها بذلك؛ فالولد به لاحق.اهـ[8].

---

(1) كلمة (ومثله) ساقطة من (ز).

(2) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 201/3.

(3) في (ب) و(ع2): (يتبين) وقد انفردت بها (ز).

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13 /123.

(5) في (ب): (على).

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2 /308.

(7) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 335/4.

(8) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6 /148.

قال اللخمي: وفي كتاب محمد: يقبل[1] قولها إن صدَّقها جيرانها، أو أحد حضرها، وليس يحضر لمثل هذا الثقات؛ فصدَّقها في قولٍ قياسًا على الحرائر، ولم يصدِّقها[2] في آخر؛ لنقص حرمتهن، وقلة تحفظهن على فروجهن، وأرى مراعاة دلائل العادة من لبن الثدي، ودم النفاس، وتغير اللون، فتصدَّق مع هذا، وتكذَّب مع عدمه. انتهى، وانظر تمام كلامه[3].

وأما عتق أم الولد من رأس المال، فقال في "المدونة": ومَنْ أقرَّ في مرضِه بحملِ أمته، وبولد أمة له أخرى، وبوطء أمة ثالثة لم يَدَّع[4] استبراءها، وأتت بولد يشبه أنَ يكون من وطئه؛ فأولادهن لاحقون به أجمعون، وهنَّ بذلك أمهات أولاد، فيعتقن من رأس ماله.اهـ[5].

أما عتق ولدها من غير السيد من رأس المال، فقال فيها: وله -يعني: لسيد أم الولد- الخدمة في أولادها من غيره ممن ولدته بعد ولادتها منه، وهم بمنزلتها يعتقون بعتقها بعد موت السيد من رأس المال، وهم بخلافها في الغلة، وتسلم في الجناية خدمتهم.اهـ[6].

تنبيه: قال القاضي في "التنبيهات": لأم ولد الحر حكم الحرة[7] في ستَّةٍ، وحكم العبد في أربعة، فأحكام الحرة: لا خلاف عندنا أنَّها لا تُبَاع في دين ولا غيره، ولا تُرْهَن، ولا تُوهَب، ولا تؤاجر، ولا تسلم في جناية، ولا تستسعى.

وأحكام العبد ينتزع السيد مالها ما لم يمرض، ويجبرها على النكاح في قول، ويستخدمها لكن خفيف الخدمة ممَّا لا يلزم الحرة، وله فيها من الاستمتاع ما له في

---

(1) في (ز): (قبل) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(2) عبارة (جيرانها أو أحد حضرها... ولم يصدقها) ساقطة من (ز)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4034/7.

(4) عبارة (ثالثة لم يدع) يقابلها في (ز): (بالتي لم تدع) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 306.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 314 و315.

(7) في (ب) و(ع2): (الحر).

الأمة.

وأما ولدها من سيدها؛ فلا خلاف في حريته.

وفي ولدها من غيره بعد كونها أم ولد ثلاثة أقوال:

- حرٌ كولدها من سيدها، قاله ربيعة.
- عبدٌ كولدها قبل الاستيلاد، قاله الزهري.
- هو[1] بمنزلتها في العتق من رأس المال، وبخلافها في وجوه، كالاستخدام والاستئجار، قاله مالك.اهـ[2].

قال بعضهم: القول بعبوديته بعيدٌ، والأقرب حريته، كقول ربيعة، ولا يستخدم؛ لأنَّ أمه -على المشهور- إذا حرم وطؤها وجب عتقها، وهم لا خدمة فيهم، كما ليس في أمهم فيعجل عتقهم، ولا أعلم قائلًا بهذا في المذهب، وكونه تابعًا لها في الحرية جار على أصل المذهب، فإن الولد تابع لأمه[3] في الحرية، وأما استخدامه؛ فمشكل على أصل المذهب.اهـ[4].

وَلا يَرُدُّهُ دَيْنٌ سَبَقَ، كَاشْتِراءِ زَوْجَتِهِ حامِلًا

ضمير (يَرُدُّهُ) عائدٌ على عتق أم الولد المفهوم / من قوله: (عَتَقَتْ)، وهو الظاهر، [ز:766ب] أو على الاستيلاد، أو على حكم أم الولد، ولا ذِكْرَ لهذا الضمير في بعض النسخ؛ للعلم به.

ولمَّا كانت أم الولد حكمها[5] أن يعتق بعد وفاة سيدها من رأس المال؛ لزم من ذلك أن لا يرد عتقها -لدين على سيدها سبق- الاستيلاد؛ إذ هذا شأن العتق الذي يكون من رأس المال، وإذا لم يرجع هذا العتق للدين السابق، فأحرى أن لا يرجع

---

(1) في (ب) و(ع2): (وهو) وما أثبتناه موافق لما في تنبيهات عياض.

(2) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1313/3 و1314.

(3) في (ع2): (لها).

(4) قوله: (قال بعضهم: القول بعبوديته) إلى قوله: (على أصل المذهب) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 266/17.

(5) كلمة (حكمها) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

للدين الذي لحق السيد[1] بعد الاستيلاد.

ولذا اقتصر المصنف على ذكر السابق، ولو حذفه كما فعل في "المدونة"؛ لكان أعم وأخصر، وحكم[2] ولدها من غير السيد بعد الاستيلاد[3] في هذا حكمها[4].

وكلام المصنف يشعر بهذا -لا سيما- على نسخة حذف الضمير، وهو حكم صحيح، وإنْ كنتُ لم أقف على النص في الولد بخصوصيته.

وأمَّا نص هذا الحكم فيها، فقال في "المدونة" في مسألة من باع أمة، ثم استلحق ولدها ما نصه: ومثله من قول ابن القاسم في استلحاق مَنْ أحاط الديْن بماله ولد أمة له: إنه يلحق به، وتكون هي أم ولد، ولا يلحقها الدَّين، وكذلك أمهات الأولاد لا يلحقهن الدين، ولا يردهن بخلاف المديان يعتق، وقاله جميع الرواة.اهـ[5].

وفي "التلقين" ونحوه في "المعونة": فإذا مات عتقت من رأس ماله، لا[6] يردها دين قبل حملها أو بعده[7].

وعن علي ﷺ: أنها تباع في الدَّين، ورُوِيَ أنه رجع عنه[8].

وقوله: (كاشْتِراءِ) الأظهر أن الكاف متعلقةٌ من جهة المعنى بقوله أولًا: (أَقَرَّ)، وعلى هذا كان اللائق أن يتقدَّم على قوله: (ولا يَرُدُّه)، فيقول: إنْ اشترى زوجته حاملًا، أو أقرَّ السيد بوطءٍ إلى آخره، وإنَّما تقدم إنْ اشترى؛ ليوالي الإقرار قوله: (ولا يَمِينَ)، ولو قال: إن أقرَّ السيد بوطءٍ كاشتراء[9]؛ لصح لكنَّه -والله أعلم- إنما عَدَلَ

(1) في (ب): (الدين).

(2) كلمة (وحكم) ساقطة من (ب).

(3) في (ز): (الإيلاد).

(4) في (ب) و(ع2): (حكمه) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 307.

(6) في (ز): (ولا) وما أثبتناه موافق لما في تلقين عبد الوهاب.

(7) التلقين، لعبد الوهاب: 208/2، والمعونة، لعبد الوهاب: 401/2.

(8) قوله: (وعن علي ﷺ: أنها تباع في الدَّين، ورُوي أنه رجع عنه) بنحوه في المقدمات الممهدات، لابن رشد: 199/3.

(9) في (ز): (كاستبراء).

عن هذا؛ ليبتدئ الباب بما ابتدأه به في "المدونة".

ويصح تعلق الكاف بـ (عَتَقَتْ)، أو بما ناب عنه، وهو كانت أم ولد، والمعنى على التقديرين: كما تكون الأمة أم ولد بإقرار سيدها بوطئها بالشرط المتقدِّم، كذلك تكون أم ولد[1] إذا كانت متزوجة، فحملت من زوجها، ثم اشتراها حاملًا منه؛ فإنها تكون بذلك أم ولد.

وقيل: لا تكون بذلك أم ولد؛ اعتبارًا بوضع النطفة في الرحم، واعتبر في المشهور خروجه منه، وأيضًا لمَّا ملك الأب ولده في بطنها بالشراء عتق عليه، وهو كجزء منها، فصار كما لو حملت به ابتداءً، وهي في ملك أبيه.

قال في "المدونة": ومن اشترى زوجته؛ لم تكن له أم ولد بما ولدت قبل الشراء؛ إلا أن يبتاعها حاملًا، فتكون بذلك أم ولد، ولو كانت لأبيه فابتاعها حاملًا؛ لم تكن له أم ولد بذلك الحمل؛ لأنَّ ما في بطنها قد عتق على جده، بخلاف أمة الأجنبي، لأنَّ الأبَ لو أراد بيع أمته، لم يجز له ذلك؛ لأنه قد عتق عليه ما[2] في بطنها، والأجنبي لو أراد بيع أمته وهي حامل من زوجها؛ جاز له ذلك، ودخل حملها في البيع معها[3].

وقال غيره: لا يجوز للابن شراؤها من والده، وهي[4] حامل.اهـ[5].

وانظر تمامها في "المدونة"، وما يناسبها من التفريع في شروحاتها.

لا بِوَلَدٍ سَبَقَ أَوْ وَلَدٍ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ إِلَّا أَمَةَ مُكَاتَبِهِ أَوْ وَلَدِهِ

يعني ولا تكون الأمة التي اشتراها زوجها أم ولد بما ولدته قبل الشراء، كما سبق الآن في نص "المدونة".

وقوله: (أَوْ وَلَدٍ) أي: ولا تكون الأمة التي اشتراها زوجها[6] -أيضًا- أم ولد

(1) عبارة (والمعنى على التقديرين... أم ولد) ساقطة من (ز).
(2) كلمة (ما) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).
(3) عبارة (في البيع معها) يقابلها في (ع2): (معها في البيع) بتقديم وتأخير.
(4) كلمة (وهي) يقابلها في (ز): (أو هي) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.
(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 311 و312.
(6) عبارة (أم ولد بما ولدته... اشتراها زوجها) ساقطة من (ع2).

بولدٍ ولدته منه قبل الشراء من وطئه إياها بشبهة، كنكاحه إياها بغرر، وهذا الذي ذكر بَيِّنٌ؛ لأنها إذا لم تكن له[1] أم ولد بما ولدته قبل الشراء من النكاح الصحيح، فأحرى أن لا تكون له أم ولد بما ولدته قبل الشراء من النكاح الفاسد، أو وطء الشبهة.

وعلى هذا لو اقتصر على قوله: (لا بِوَلَدٍ سَبَقَ) ليعمَّ ما كان بالنكاح الصحيح، وما كان بوطء الشبهة؛ لكان أخصر، وإنما اتبع في هذا ابن شاس وابن الحاجب.

أما ابن شاس، فنصه: ولو نكح جارية، فولدت ولدًا رقيقًا، ثم اشتراها؛ لم تَصِرْ بذلك أم ولد، وكذلك لو ولدت منه ولدًا آخر في نكاح غرر أو وطء شبهة، ثم اشتراها؛ لم تَصِرْ بذلك أم ولد له[2].اهـ[3].

وأما ابن الحاجب، فقال: ولو نكح أمة أو وطئها بشبهة فولدت، ثم اشتراها؛ لم تكن له بذلك أم ولد.اهـ[4].

ولَمْ أرَ من نصَّ على الولد من وطء الشبهة بالتعيين إلا ما ذكرت؛ إلَّا أن قوله في "المدونة": ومن اشترى زوجته / لم تكن له أم ولد بما ولدت قبل الشراء، يعم الوطء الخالص والشبهة. [ز:767/أ]

فإن قلتَ: هل يصح أن يعم كلامه مشتري الزوجة وغيره، ويكون معناه: إن الأمة لا تكون أم ولدٍ بما ولدته من سيدها بوطء شبهة، كما لو وطئها في وقتٍ يحرم عليه وطؤها؛ لتعلق حق الغير بها، أو غير ذلك، ويكون الاستثناء في قوله: (إلَّا أَمَةَ) مناسبًا لاتصاله بما قبله.

وأما على ما شرحت به يكون الاستثناء غير مناسب؛ لانقطاعه، ويكون[5] أشار[6] إلى ما قال في "المدونة": قيل: فمن زوَّج أمته عبده أو أجنبيًّا، ثم وطئها

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (ب) و(ز) وقد انفردت بها (ع2).

(2) كلمة (له) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في عقد جواهر ابن شاس.

(3) عقد الجواهر، لابن شاس: 3/ 1214.

(4) عبارة (وأما ابن الحاجب، فقال... أم ولد انتهى) ساقطة من (ز).

وانظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 2/ 799.

(5) في (ع2): (وتكون).

(6) في (ز): (إشارة).

السيد، فأتت بولدٍ لستة أشهر فأكثر فادَّعاه السيد لمن الولد؟

قال: قال مالك في رجل زوَّج أمته عبده أو أجنبيًّا[1] ثم وطئها السيد، فأتت بولدٍ؛ فالولد[2] للزوج[3]؛ إلا أن يكون الزوج معزولًا عنها مدة في مثلها براءة الرحم؛ فإنه يلحق بالسيد؛ لأنها أمته ولا يحد.

وكذلك الجواب إن أتت بولدٍ لستة أشهر من يوم زوجها، فادَّعاه السيد، وإن زوجها فأتت به لأقل من ستة أشهر، وقد دخل بها زوجها؛ فسد نكاحه، ولحق الولد بالسيد إن أقر بالوطء، إلَّا أن يدعي استبراءً.اهـ[4].

فجعلُه الولد للزوج أول المسألة مع أنَّ للسيد فيها شبهة هو الذي أشار إليه المصنف.

قلتُ: لا يصح هذا الشرح؛ لوجهين:

الأول -وهو أيسرهما-: أنه لا يوافق كلام ابن شاس وابن الحاجب، ومساق المسألتين عندهما مساق المسألة الواحدة حتى أنَّ ابن الحاجب جعلهما شرطين لجوابٍ واحدٍ كما رأيت.

والثاني -وهو الأعظم-: مخالفة المنصوص، فإن وطء السيد أمته بوجه شبهة[5]؛ يوجب لها أمومة الولد بما يكون من ولدٍ عن ذلك الوطء؛ ألا ترى إلى قوله في "المدونة": إلا أنْ يكون الزوج معزولًا عنها... إلى آخره، كيف صارت بذلك الوطء أم ولد للسيد مع أن وطأها حرام عليه[6]؟!

وكذلك في مسائل لا تكاد تُحْصى كثرةً منها ما نبَّه عليه المصنف بقوله: (إلَّا أَمَةَ...) إلى آخره، وقد بوَّب لهذا بابًا، فقال: ذِكْر ما تكون به الأمة أم ولد من وطء

---

(1) عبارة (ثم وطئها السيد... أو أجنبيًّا) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) كلمة (فالولد) ساقطة من (ب) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) في (ب): (للزوجة) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 309/2.

(5) عبارة (أمته بوجه شبهة) ساقطة من (ز).

(6) كلمة (عليه) ساقطة من (ب).

الشبهة من إحلال، أو غلط، أو تأويل، أو مخدمة، أو غير ذلك، وما لا تكون به أم ولد مما ليس بشبهة.اهـ[1].

وذكر من فروع هذا الباب أشياء كثيرة، وحاصل ما استقرأت من نصِّه ونصِّ غيره من أهل المذهب أن وطء الشبهة يُوجب أمومة الولد، وما ليس فيه شبهة لا يوجبه.

وإنما ألحق الولد بالزوج في مسألة "المدونة"، ولم يلحقه[2] بالسيد؛ لشبهة[3] الملك لمعارض، وهو قوله ﷺ: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ**»[4]، فغلب وطء الزوج[5].

نعم في قول المصنف: (**إلا أَمَةَ...**) إلى آخره إيهامٌ قصده لهذا الشرح الذي ذكر السائل من حيث أن الأصل في الاستثناء الاتصال، فيوهم كلامه أنه استثنى من وطء الشبهة الذي لا يلحق به الولد وطء أمة المكاتب وأمة الولد، لكن يجب حمل الاستثناء في كلامه على الانقطاع؛ ليوافق المنصوص، ويتعيَّن في قوله: (**أَوْ وَلَد**)

---

(1) قوله: (ما تكون به الأمة أم ولد... ليس بشبهة) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/128.

(2) في (ز): (تلحقه).

(3) كلمة (لشبهة) يقابلها في (ز): (مع شبهة).

(4) متفق على صحته، رواه مالك في باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، من كتاب الأقضية، في موطئه: 1069/4، برقم (595).

والبخاري في باب تفسير المشبهات، من كتاب البيوع، في صحيحه: 54/3، برقم (2053).

ومسلم في باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات، من كتاب الرضاع، في صحيحه: 1080/2، برقم (1457) جميعهم عن عائشة رضي الله عنها، قَالَتْ: كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ، عَهِدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ مِنِّي فَاقْبِضْهُ، قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ عَامَ الفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ وَقَالَ: ابْنُ أَخِي قَدْ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ، فَقَالَ: أَخِي، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَتَسَاوَقَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي كَانَ قَدْ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ»، ثُمَّ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ» ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ - زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ -: «احْتَجِبِي مِنْهُ» لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ، وهذا لفظ البخاري.

(5) في (ب) و(ع2): (الزوجة)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

الشرح الأول.

وإنما أتى بهذا الكلام في صورة الاستثناء؛ للاختصار، ولمناسبة ذكر الشبهة قبله، فيكون المعنى في قوله: (إِلَّا أَمَةَ مُكاتَبِهِ أَوْ وَلَدِهِ)؛ أي: لكنْ إن كان وطء السيد أمته بشبهة[1] من نوع وطئه أمة مكاتبه، أو أمة ولده؛ فإن الولد يلحق به في الصورتين، وتكون الأمة فيهما أم ولد له، ويضمن قيمتها لمكاتبه أو ولده.

أمَّا أمة مكاتبه، فنصها من "المدونة": ومن وطئ أمة[2] مكاتبه، فأتت بولد؛ لحق به، وكانت به أم ولد له[3]، ولا يحد؛ إذ لا يجتمع الحد والنسب، فإذا دُرِئ الحد ثبت النسب، وعليه قيمتها يوم حملت، ولا قيمة عليه للولد، فإنْ كان عديمًا والذي على المكاتب كفاف القيمة؛ عجل عتقه، وإن زادت القيمة؛ اتبع سيده بالزيادة.

وقال غيره: ليس للسيد تعجيل ما على مكاتبه، ويغرم له القيمة في ملائه، وتُباع الكتابة لذلك في عدمه، فإن كانت كفافًا؛ كانت أم ولد للسيد، وللمكاتب أخذ قيمة أمته معجلًا، والأداء على نجومه؛ إلا أن يشاء أن يكون أَوْلَى بما بِيعَ من كتابته لتعجيل عتقه؛ فذلك له.

وإن لم يكن في ثمن الكتابة إلَّا قدر نصف قيمة الأمة؛ أخذه المكاتب، وبقي له نصف الأمة رقيقًا، ونصفها لسيده بحساب أم / ولد، واتبع السيد بقيمة نصف الولد.اهـ[4]. [ز:767ب]

وقال ابن يونس في قول ابن القاسم: (وعليه قيمتها) يريد: ويأخذها المكاتب ويؤدِّيها على نجومه ولا يقاصه بها؛ لأنها جناية على ماله؛ إلا أن يرضى المكاتب بالمقاصة فيجوز، كرضاه بتعجيل الكتابة، وليس للسيد الامتناع.

وقال -أيضًا-: قال بعض فقهائنا: يحتمل أن يكون معنى قول ابن القاسم: يقاصه إن رضي المكاتب، فيتفق القولان، وقد قال[5] ابن القاسم في كتاب المكاتب

(1) في (ز): (لشبهة).

(2) كلمة (أمة) ساقطة من (ب).

(3) كلمة (له) ساقطة من (ب).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 309 و310.

(5) كلمتا (وقد قال) يقابلهما في (ب) و(ع2): (وقال)، وما اخترناه موافق لما في جامع ابن يونس.

في السيد يعتق الأب الزَّمِن، وله مال يفي بالكتابة: إن السيد يأخذه ويعتق الولد.

وقال غيره: هذا إنْ رضي الأب؛ لأن السيد يُتَّهم على تعجيل النجوم قبل وقتها.

قال ابن يونس: وأصحابنا يرون ذلك وفاقًا لابن القاسم، فكذلك هذا، والله أعلم.اهـ[1].

وحمله عبد الحق على ظاهره، وأن للسيد[2] المقاصة شاء العبد أو أبى[3]، مثل ما لأبي إسحاق إذا رهن السيد من مكاتبه رهنًا، ثم ضاع؛ فيكون قول الغير على هذا خلافًا.

وقال اللخمي: قول ابن القاسم: يقاصه، يحتمل إن كانت الكتابة حلَّت، أو لأنه قال مرة بقول ربيعة: لا يجوز بيع الكتابة.

وقوله في المعسر: (يتبع بالباقي) هو على قول مالك في الجارية بين الشريكين تحمل من أحدهما وهو معسر: إنه يتبع بالقيمة، وعلى قوله: (يكون ذلك بيد الشريك) يكون هنا العاجز عن الكتابة بيد المكاتب.اهـ[4].

وأما أمة ولده، فقال في "النوادر" من كتاب ابن المواز: قال مالك: مَنْ وطئ أمة ولده؛ لم يحد ولحق به الولد، وهي له[5] أم ولد، وعليه قيمتها؛ حملت أو لا، ثم يحل له وطؤها.

قال سحنون: بعد الاستبراء، فإن كان الابن وطئها قبل ذلك؛ حَرُمت عليهما، وعتقت على الأب إن حملت منه.

قال عبد الملك وابن عبد الحكم: فإِنْ أراد الابن حبسها؛ فله ذلك؛ كان الأب مليًّا أو عديمًا، إن أمن الابن بخلاف المحللة لرجل فلم تحمل[6].

---

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 152.

(2) في (ع2): (للعبد).

(3) انظر: مخطوط المكتبة الأزهرية لتهذيب الطالب، لعبد الحق الصقلي [ز: 148/أ].

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/4045 و4046.

(5) كلمة (له) زيادة انفردت بها (ع2).

(6) في (ز): (تحل) وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

قال سحنون: تقوم على الأب وإن لم تحمل والابن صغير أو كبير، والأب عديم أو مليء، قاله أصحابنا عبد الرحمن وغيره.اهـ[1].

وإنما جلبت نصَّ النوادر دون نصِّ "المدونة"؛ لأنَّ نصَّها ليس فيه أنها تكون أم ولد للأب، كما يفهم من الاستثناء في كلام المصنف، ونص "المدونة": ومن وطئ أمة ابنه الصغير أو الكبير؛ درئ عنه الحد[2]، وقومت عليه يوم الوطء؛ حملت أو لم تحمل كان مليًّا أو معدمًا.

قال مالك في وطء الشريك إذا لم تحمل: فلشريكه التماسك بنصيبه، والابن عندي بخلاف الشريك في ذلك[3].انتهى، وانظر تمام كلامه[4].

والشبهة التي للسيد في أمة مكاتبه؛ كون المكاتب عبدًا ما بَقِيَ عليه درهم، والتي في مال الابن؛ لقوله ﷺ: «أَنْتَ ومالُكَ لِأَبِيكَ»[5].

قال ابن يونس: إنما كان للشريك التماسك دون الابن؛ لأنها تحل للشريك وتحرم على الابن، فاتقى أن يغيب عليها[6].

وقال بعضهم: إنما لم يتماسك الابن؛ مخافة أن يعود إليها الأب، فيتحشم الابن من منعه منها، بخلاف الشريك؛ فإنه يمنع شريكه.

قلتُ: وانظر ما يحذر[7] في عود الأب إليها، وكأنه يعني[8] أنه يضارع عارية الفروج المحرمة.

---

(1) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 171.

(2) كلمة (الحد) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) كلمتا (في ذلك) ساقطتان من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 310.

(5) تقدم تخريجه في باب القطع في السرقة. انظر النص المحقق: 8/ 489.

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/153.

(7) في (ز): (يجوز) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(8) ما يقابل كلمة (يعني) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

ولا يَدْفَعُهُ عَزْلٌ أَوْ وَطْءٌ بِدُبُرٍ أَوْ فَخِذَيْنِ إِنْ أَنْزَلَ

يعني أن السيد إذا أقرَّ بوطء أمته، فأتت بولد لما يشبه أن تلد له، فأنكره مستندًا إلى دعواه أنه كان يعزل عنها ماءه، أو إلى دعواه أنه إنما[1] كان يطأها في الدبر، أو بين الفخذين، وأقرَّ أنه كان ينزل مع ذلك؛ فإن الولد يلحقه وهي به أم ولد، ولا يدفع الولد عنه واحدة من الدعاوى الثلاث؛ لأن الماء يغلبه ويتفلت من غير اختياره، فقد يصل منه شيء إلى الفرج، ولو كان يسيرًا، فيكون منه الولد.

فضمير (يَدْفَعُهُ) الظاهر عوده على (الولد)، ويحتمل أن يعود على حكم الاستيلاد، كما سبق في قوله: (ولا يَرُدُّهُ).

وقوله: (إِنْ أَنْزَلَ) يحتمل أن يعود على[2] العزل وما بعده، ويحتمل أن يكون شرطًا في الوطء في الدبر وبين الفخذين؛ لأَنَّ العزل عرفًا لا يكون إلا مع الإنزال.

ومفهومه أنه إن لم ينزل في الصور الثلاث، أو في الأخيرتين؛ فإِنَّ الولد لا يلحق به، ولا تكون له أم ولد وهو صحيح، ويرجع في هذا إلى إقراره ويصدَّق.

وما ذكر من إلحاق / الولد به مع الوطء في الدبر وبين الفخذين هو أحد القولين، [ز:768/أ] ونص هذه المسائل من اللخمي بما فيها من مفهوم قوله: (إِنْ أَنْزَلَ): وإن قال[3]: وطئت ولم أنزل؛ كان القول قوله، ويحلف.

وإن قال: كنت أعزل؛ لحِقَ به، إلا أن يكون العزل البين، فإن وطئ في الدبر أو بين الفخذين، فقيل: يلحق به[4] الولد؛ لأن الماء يصل إلى الفرج.

قال محمد: كل من وطئ في موضع إن نزل منه وصل الفرج؛ لحق به الولد، وقيل: لا يلحق؛ لأن الماء إذا باشر الهواء فسد، والأول أحسن؛ لأن فساده مظنون، فلا يسقط بمثل هذا النسب، وإن أنزل بين شفري الفرج؛ لحق قولًا واحدًا.اهـ[5].

---

(1) كلمة (إنما) ساقطة من (ب)، وكلمتا (أنه إنما) يقابلهما في (ز): (أنها إذا) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) في (ز): (إلى).

(3) كلمتا (وإن قال) يقابلهما في (ز): (وقال) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(4) كلمة (به) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(5) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4037/7.

واستبعَد الباجي القول بلحاقه مع الوطء بين الفخذين؛ لأنه[1] لو صحَّ من الوطء هناك ولد؛ لما لزم من ظهر بها حمل حَدٌّ.اهـ[2].

قلتُ: قد كان ينبغي أن يقال: إنَّ ظهور الحمل لا يوجب الحد؛ لاحتمال كونه من وطء بين الفخذين، وهو شبهة تدرأ الحد، لكن اطرح هذا الاحتمال؛ لقول عمر رضي الله عنه: "إذا كان الاعتراف أو الحمل"[3].

وفي "النوادر": ومن "العتبية" قال موسى عن ابن القاسم: من أقرَّ أنه كان يطأ جاريته ويعزل؛ فإن الولد يلزمه إن لم يدَّعِ استبراء.

ولو قال: كنت أطأ ولا أنزل؛ لم يلزمه الولد.

قال في كتاب ابن المواز: إن قال: كنت أطأ بين الفخذين، أو في الدبر وأنزل؛ لزمه الولد، ولم يلتعن في الحرة.اهـ[4].

[مما يجوز للسيد من أم ولده]

وجازَ بِرِضاها إِجارَتُهَا، وعِتْقٌ عَلَى مالٍ

يعني أن أم الولد يجوز للسيد أن يستأجَرها في عملٍ من الأعمال، ويأخذ إجارتها لكن برضاها؛ لأنها قد لحقت بالحرائر في سقوطِ كثيرِ الخدمةِ عنها -كما تقدَّم- فليس له أن يستأجرها ويأخذ إجارتها[5] كرهًا كما يفعل بالقن.

وكذلك -أيضًا- يجوز له أن يعجل عتقها على مالٍ يأخذه منها؛ لأنَّه[6] إذا كان له انتزاع مالها في صحته، وتبقى على حالها، فأحرى أن يجوز له ذلك مع تعجيل عتقها.

وظاهر لفظه -وهو مقتضى ما ذكرنا من التعليل- أن عتقها على مال يجوز، وإن

---

(1) في (ب) و(ع2): (فإنه).

(2) المنتقى، للباجي: 362/7.

(3) قول عمر بنصِّه في الاستذكار، لابن عبد البر: 146/7.

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13 /124.

(5) عبارة (لكن برضاها؛ لأنها قد... ويأخذ إجارتها) ساقطة من (ز).

(6) في (ب): (لأنها) ولعل الصواب ما أثبتناه.

لَمْ ترضَ.

ومفهوم قوله: (بِرِضاها) أنه لا يستأجرها كرهًا، وهو كذلك.

قال في "المدونة": وليس للسيد فيها خدمة ولا استسعاء ولا غلة، وإنما له فيها المتعة.اهـ[1].

وفي معنى إجارتها كتابتها؛ لأن فيها استسعاؤها، وسيأتي في نص المصنف أنها لا تجوز.

وأما جواز إجارتها برضاها، فقال اللخمي: قال مالك في "المختصر الكبير": لا تؤاجر، ولا توهب خدمتها، ولا تؤاجر للغرماء إلا برضاها، وهذا صحيح؛ لأن الحرَّ لو رضي لإنسان أن يؤاجره، ويأخذ أجرته؛ لجاز.اهـ[2].

وأما جواز عتقها على مالٍ، فقال في "المدونة": وليس للرجل أن يكاتب أم ولده، وإنما يجوز أن يعتقها على مال يتعجله منها.اهـ[3].

وهذا المال الذي ذكر المصنف أنه يجوز عتقها عليه هو أن يؤخذ منها معجلًا وتعتق، وهذا هو الذي لا يحتاج فيه إلى رضاها، كما هو ظاهر إطلاقه، وإطلاق "المدونة".

وصرَّح به اللخمي، فقال: وإن أعتقها على مالٍ انتزعه منها؛ جاز ذلك، وإن جعله في ذمتها برضاها؛ جاز، وبغير رضاها؛ لم يجز، ومضى العتق وسقط المال.اهـ[4].

ولا تخلو عبارة المصنف من قلق؛ لأنه إن أراد بقوله: (مالٍ) تناوله لما جعل في ذمتها، فلا بدَّ من شرط رضاها، ولم يذكره.

فإن قلتَ: حذفه لدلالة ما قبله عليه.

قلتُ: لو كان كذلك، لما تناول عتقها على مالٍ ناجز؛ لأنَّ رضاها ليس شرطًا

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 314.

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/4055.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 314.

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/4055.

فيه، ولو قال: (وجاز عتقها بمال لها ناجز أو في ذمتها برضاها، كإجارتها)؛ لكان أجرى مع نص "المدونة"؛ لأن قولنا: (لها)، بمثابة قوله فيها: (منها)، وهو وإن لم يذكر فيها (ناجزًا) لكنه أراده؛ لقوله بعد ذلك: وللسيد أن يعجل عتق أم ولده على دينٍ يبقى عليها برضاها، وليس ذلك له بغير رضاها[1].

زاد ابن يونس -وهو في الأم-: إذ ليس له أن يستغلها، وإذا كان برضاها؛ جاز كامرأة اختلعت من زوجها بدين جعله عليها؛ إذ ليس له فيها إلا المتعة[2].

ثم قال في "التهذيب": قال يحيى بن سعيد: فإن مات السيد، وعليها الذي اشترت به نفسها؛ اتبعت به، ولو كانت كتابة؛ سقطت وعتقت.اهـ[3].

وشمل قول المصنف: (عَلَى مالٍ) ما إذا أعطى الأجنبي للسيد مالًا على أن يعتق أم ولده؛ فإنه جائزٌ أيضًا.

قال في "النوادر" -وأظنه من كتاب ابن حبيب-: / ومن باع أم ولده على أنها حرَّة بشرط مشروط؛ لم ترد، وولاؤها لسيدها، ويسوغ له الثمن، كما لو أخذ مالًا على أن يعتقها. [ز:768ب]

ولو باعها على أن يعتقها المبتاع لا على أنها حرة ساعتئذ؛ لردت ما لم تعتق فيمضي، والولاء للبائع، ويسوغ له الثمن؛ لعلمِ المبتاع بها وشرط العتق، ولو لم يعلم أنها أم ولد؛ لرجع بالثمن[4].

ولَهُ قَلِيلُ خِدْمَةٍ فِيها وكَثِيرُهَا فِي وَلَدِهَا، وأَرْشُ جِنايَةٍ عَلَيْهَا[5]، وإِنْ ماتَ فَلِوارِثِهِ، والاِسْتِمْتاعُ بِها وانْتِزاعُ مالِهَا ما لَمْ يَمْرَضْ

لمَّا ذكر أنه لا يؤاجرها إلا برضاها قد يتوهم أنه لا شيء له فيها من الخدمة،

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 315.

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 165.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 315.

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 183.

(5) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (عَلَيْهما).

فرفع[1] ذلك الإيهام بقوله: (وَلَهُ) أي: للسيد في أم ولده قليل الخدمة، كما له ذلك في الزوجة؛ لأنه من توابع الاستمتاع الباقي له فيها -أيضًا- كما هو من توابعه في الزوجة.

فإن قلتَ: هذا الذي ذكر من أن له فيها قليل الخدمة هو نص "المعونة" و"التلقين".

قال في "التلقين": ولا يبقى للسيد فيها إلا الاستمتاع، وما يقرب من الاستخدام الذي لا يشق مثله.اهـ[2].

ومثله لابن شاس[3] وابن الحاجب[4]، وظاهر "المدونة" كما نقلت في الفصل قبل[5] هذا يليه نفي الخدمة عمومًا.

وقال ابن يونس: وأم الولد لا سعاية فيها، ولا له أن يستخدمها في مثل استقاء الماء والطحين[6] وشبه ذلك، وإنما له فيها المتعة.اهـ[7].

فظاهره أنه فهم منها العموم.

قلتُ: لفظها عندهم مقيَّد بأنه يريد (إلا الخدمة اليسيرة) وقول ابن يونس: (في مثل كذا) يعطي بمفهومه أنَّ له أنْ يستخدمها فيما لم تبلغ مشقته مثل ما ذكر، وصرَّح بذلك غيره.

قال ابن رشد في "المقدمات": أجاز الشافعيُّ استئجار أم الولد في الخدمة واستخدامها، خلاف ما ذهب إليه مالك من أنه لا يجوز أن تؤاجر، ولا أن تُسْتَخْدَم إلا فيما خفَّ ولا تعب فيه[8]، وإن كانت دنية، وتبتذل الدنية من الحوائج الخفيفة

---

(1) في (ع2): (رفع).

(2) التلقين، لعبد الوهاب: 2 /208، والمعونة، لعبد الوهاب: 401/2.

(3) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1214/3.

(4) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 799/2.

(5) في (ز): (مثل).

(6) في (ز): (والطحن).

(7) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6 /164.

(8) كلمة (فيه) ساقطة من (ب).

فيما لا تبتذل فيه الرفيعة[1].

قال الباجي: والأظهر مذهب الشافعي؛ لأنها باقية على حكم الملك، وإنما منع من أن يملكها غيره، وقياسًا على استخدام ولدها؛ لأَنَّ حرمتهما واحدة؛ إذ كلٌّ ذات رحم فولدها بمنزلتها.اهـ[2].

ويأتي الفرق بينهما، والدليل لمالك أن كل[3] حرمة منعت بيع الرقبة، فإنها تمنع بيع المنافع؛ لأَنَّ الحرمة لم تحصل للرقبة دونها، وكانت تقتضي العتق في الحال، لكن مَنَعَ منه أنها حصلت لها بسبب الوطء فلا تمنعه، وهو أصلها.اهـ[4].

وقوله: (**وكَثِيرُها فِي وَلَدِها**) أي: وله كثير الخدمة، كالتي له في القِن في ولد أم ولده من غيره ممَّا ولدته بعد الاستيلاد، وإنما لم يقل: (في ولدها من غيره)؛ للعلم بأنه المراد، ولِمَا تقدَّم له من قوله[5].

وقد وقع في بعض النسخ (من غيره) مصرحًا به، وقد تقدَّم نص "المدونة" في هذا عند قوله: (**ووَلَدُها مِنْ غَيْرِهِ**).

وإنما كان للسيد فيه كثير الخدمة، والاستئجار دون أمه؛ لأنها الأصل، وإنما اكتسب هو الحرمة منها فهو فرع، والفرع لا يقوى قوة أصله، ولأَنَّ كثير الخدمة فيه في[6] مقابلة الاستمتاع في أمه، فلو لم[7] يكن له عليه خدمة مع أنه لا استمتاع له بابنتها؛ لأنَّها كالربيبة في حجره[8]؛ لوجب أن يعتق عليه؛ لأنه لا نفع له فيه، كما تعتق أم الولد إذا حرم وطؤها، وكون السيد له أن يستخدمه ويؤاجره، ولا يطأها إنْ كانت أنثى دون أمه، وأنه بمنزلتها في العتق من رأس المال.

---

(1) المقدمات الممهدات، لابن رشد: 199/3.

(2) المنتقى، للباجي: 370/7.

(3) في (ز): (لكل) وما أثبتناه موافق لما في مقدمات ابن رشد.

(4) المقدمات الممهدات، لابن رشد: 199/3 و200.

(5) كلمتا (من قوله) زيادة انفردت بها (ع2).

(6) كلمة (في) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(7) كلمتا (فلو لم) يقابلهما في (ز): (فلم).

(8) كلمتا (في حجره) ساقطتان من (ز).

قال في "المقدمات": هو مذهب مالك وجميع أصحابه، وكافة فقهاء الأمصار[1].

وقوله: (وأَرْشُ...) إلى (فَلِوارِثِهِ) أي: وللسيد أرش ما جني على أم ولده بما نقصها من جراح أو غيرها، وإن مات سيدها بعد الجناية عليها ولم يقبض أرش ما جني عليها، فقيل: إن ذلك الأرش لورثة السيد؛ لأنه حق تعيَّن لموروثهم، وهذا معنى قوله: (وإِنْ ماتَ) أي: السيد قبل قبض الأرش، (فَلِوارِثِهِ) أي: فالأرش لوارث السيد.

وقيل: إنَّ ذلك الأرش يكون لأم الولد؛ لأنها بعد موت سيدها حرة، فالأرش لها.

قال في كتاب الجنايات من "المدونة": وما جني على أم الولد فعقلُها لسيدها، وكذلك المدبرة.اهـ[2].

قال ابن يونس: قال محمد: وإن لم يقبض السيد دية ما جني / عليها حتى مات، [ز:769/أ] فقال ابن القاسم: اختلف فيه قول مالك، فقال أولًا: ذلك لورثته كغيرها من العبيد يعتق بعد أن وجبت له جناية أن ذلك لسيده.

ثم قال: هو لأم الولد؛ لأنَّ لها حرمة ليست لغيرها، وقوله الأول هو القياس، ولكن استحسنَّا قوله الذي رجع إليه، واتبعناه فيه، ورأيناه أعجب إليه أن يكون لأم الولد، وكذلك لو لم يمت، ولكنه أعتقها قبل أن يأخذ ما جني عليها؛ فإنَّه يكون لها، قاله مالك وهو استحسان.

محمد: وقال أشهب: بل ذلك للسيد.

مالك: وأما العبد يُجْنَى عليه، فيعتقه سيده بعد علمه بالجراح، أو يهبه؛ فإن جرحه لسيده، وإن لم يستثنه، بخلاف ماله.اهـ[3].

وكان حقُّ المصنف أن يأتي بـ(لَوْ) فيقول: ولو مات؛ لينبه على هذا الخلاف؛

(1) المقدمات الممهدات، لابن رشد: 201/3.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 365/4.

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 473/11.

لقوته[1].

وقوله: (والاسْتِمْتاعُ بِها) قال في "المدونة": وإنَّما له فيها المتعة[2]، وقد تقدَّم، ولو قال: المتعة كما قال في "المدونة"؛ كان أخصر، وإنما عرَّفه مع ذلك، وكان يكفيه أن يقول: واستمتاع أو متعة؛ ليعم جميع وجوه الاستمتاع المباحة شرعًا، ولو نكَّره لتوهم الاقتصار على بعض أنواعه كما في الخدمة.

وقوله: (وانْتِزاعُ...) إلى آخره؛ أي: وللسيد انتزاع مال أم ولده مدة كونه لم يمرض، وذلك في حال صحته، فإذا مرض؛ لم يكن له انتزاعه؛ لأنَّه إذا مرض فقد قرُب ما يُتوقع من موته، وهو الأجل الذي تخرج فيه حرة، كالمعتق إلى أجل؛ لسيده انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل.

قال في "التهذيب" حين منع كتابة أم الولد، وأنها تفسخ إلا أن تفوت[3] بالأداء، فتعتق ولا ترجع فيما أدت؛ إذ[4] كان للسيد انتزاع مالها ما لم يمرض[5].

زاد في الأم: فإذا مرض؛ لم يكن له أن يأخذ مالها منها؛ لأنه إنما يأخذه الآن لورثته[6].

وكُرِهَ لَهُ تَزْوِيجُها وإِنْ بِرِضاها

يعني: أن السيد يُكْرَه له أن يزوج أم ولده من غيره، وإنْ كان ذلك برضاها.

قال في النكاح الأول من "التهذيب": وكره مالك أن يزوج الرجل أم ولده، فإن فعل؛ لم يفسخ.اهـ[7].

وقال ابن يونس: قال ابن حبيب: اختلف قول مالك في إكراهه إياها على النكاح،

(1) ما يقابل كلمة (لقوته) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 314/2.

(3) في (ع2): (تموت) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) في (ز): (إذا) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 314/2.

(6) المدونة (السعادة/صادر): 326/3.

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 431/1.

فأجازه مرة إنْ زوَّجها[1] من شبهها، ثم رجع فقال: لا يزوجها، وكان أحب إليه أن لا يزوجها أصلًا على وجه التنزه.

قال ابن المواز: وله أن يُكْرِه أم ولده، ومكاتبته، ومدبرته على النكاح.

وقال في كتاب المكاتب: ولا يزوج مكاتبته.اهـ[2].

قلتُ: وظاهر ما نقل عن ابن الموَّاز نفي الكراهة.

قال أبو محمد: إنما كره مالك ذلك[3]؛ تنزهًا أن يعمد إلى أم ولده فيخرجها من تحته ويزوجها لغيره[4].

قلتُ: يعني أنه ليس من مكارم الأخلاق، فكأنه زوَّج زوجته، وأيضًا فإنها خزانته، وأنه قد يحتاج إليها.

وفي "النكت" عن كتاب الأبهري: إنما كرهه، وإنْ رضيت؛ لأنه إنما له الاستمتاع بها دون سائر المنافع من البيع والإجارة والنكاح.

واختلف قوله في جواز إكراهها على النكاح.اهـ[5].

ومُصِيبَتُها إِنْ بِيعَتْ مِنْ بائِعِها، ورُدَّ عِتْقُها

يعني أن أم الولد لمَّا كان بيعها محرمًا؛ لزم من ذلك أنه إذا وقع بيعها فسخ أبدًا، ولا يفوت بشيء ممَّا يفوت به البيع الحرام، فإذا هلكت بعد البيع، فضمانها وهو معنى قوله: (**ومُصِيبَتُها مِنْ بائِعِها**)، ويرد الثمن إلى المشتري، وسواء كان هلاكها وهي في يد البائع، أو في يد المبتاع[6].

وقوله: (**ورُدَّ عِتْقُها**) أي: ولا يفوت بيعها -أيضًا- بعتق المشتري إيَّاها؛ بل يرد

(1) في (ب): (زوجه).

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 257 و258.

(3) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 412/4 و413، وقول أبي محمد بنصِّه في النكت والفروق، لعبد الحق: 210/1.

(5) النكت والفروق، لعبد الحق: 210/1.

(6) عبارة (أو في يد المبتاع) ساقطة من (ز).

عتقها ويُنْقَض البيع وتعود أم ولد كما كانت، كما[1] لا يفوت بهلاكها، أو تغير بدنها، أو نحو ذلك مما يفوت به البيع الحرام.

قال في "المدونة": ومن باع أم ولده، فأعتقها المبتاع؛ نُقِضَ البيع والعتق، وعادت أم ولد له، فإن ماتت بيد المبتاع قبل أن ترد؛ فمصيبتها من البائع، ويرد الثمن، فإن لم يعلم للمبتاع موضعًا؛ كان على البائع طلبه حتى يرد إليه الثمن ماتت أم الولد أم بقيت.

وكذلك إن مات البائع، وقد ماتت هي بعد موته، أو قبله، أو بقيت، أو لم يمت البائع، وقد ماتت هي[2] أو بقيت؛ فإنَّ البائع يتبع بالثمن في ذمته كان مليًّا أو معدمًا. اهـ[3].

[ز:769ب] وإذا كان بيعها ينقض بعد العتق، فأحرى أن / يُنْقَض إن كُوتبت أو دُبرت، أو عقد فيها شيء من الحرية، وأحرى إن لم تفت بشيءٍ من ذلك، ولا يدخلها القول بمضي العتق كما في المدبر والمكاتب؛ لأنَّ الإيلاد[4] أقوى؛ إذ لا ترجع إلى الرق، والمدبر يلحقه الدين، والمكاتب قد يعجز، وقد أشار إلى هذا في الأم.

وظاهر قوله[5]: (يرد الثمن) عَلِمَ المبتاع[6] أنها أم ولد أم لا، فهو كأحدِ القولين في المشتري من الغاصب[7] عالمًا بغصبه؛ أنه يرجع على الغاصب بالثمن إن استحق المبيع من يده، ولا يعد واهبًا لها.

فإن أولدها المبتاع، فنقل ابن يونس وغيره عن ابن حبيب عن مطرف عن مالك: يلحق به الولد، ولا قيمة عليه فيه؛ لأنه أباح له فرجها، وإنما له[8] قيمة الولد لو بيعت

(1) كلمة (كما) ساقطة من (ب).

(2) كلمة (هي) ساقطة من (ز).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 315.

(4) كلمتا (لأن الإيلاد) يقابلهما في (ز): (لأن الآن الإيلاد) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) كلمة (قوله) ساقطة من (ز).

(6) في (ز): (البائع).

(7) في (ز): (غاصب).

(8) كلمة (له) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

عليه بغير طوعه، وقاله أصبغ.

وقال ابن الماجشون: عليه قيمة الولد عبدًا.

وقال ابن عبد الحكم: على أنه يعتق بموت البائع.

وقال ابن الماجشون: لو زوَّجها المبتاع لعبدِه، فولدت؛ لرُدَّت مع ولدها للبائع، ويكون للولد حكم أم الولد.

وقال أصبغ: لا شيء للبائع من ولد ولا قيمة، سواء زوجها المشتري أو أولدها؛ لأنه هو أباحها.

قال أبو محمد: فيما قال في ولد الزوج نظر.اهـ[1].

وانظر ما النظر الذي أشار إليه الشيخ مع ظهور ما قال أصبغ.

وقال بعضهم: النظر الذي أراد أنه ينبغي أن يكون كذلك المستحقة بملك؛ لأنَّ الزوج إنما وضع النطفة على أنها رقيق[2].

قلتُ: يتجه هذا النظر إن لم يعلم المشتري أنها أم ولد، وظاهر هذا النقل في الإيلاد سواء علم المبتاع كونها أم ولد أم لا.

وقال اللخمي: إنْ علم أنها أم ولد؛ غرم قيمة الولد.

واختُلِفَ إنْ غره وكتمه أنها أم ولده، فلابن الماجشون عند ابن حبيب: عليه قيمته كالأول، ولمطرف: لا شيء عليه؛ لأنه أباحه إياها، وهذا أحسن؛ لأن الغرور من الوطء غرور من الولد.

وظاهر المذهب إنْ نقض بيعها لا يرجع المشتري على البائع بما أنفق عليها، ولا البائع عليه بقيمة خدمتها، هذا المشهور.

وقال سحنون: يرجع بالنفقة[3].

يريد: ويرجع هو بالخدمة.

وقال فيمن تزوجت بعبد فخرج حرًّا، وفيمن غرَّ بتزويج أمة أو معيبة فردَّت، وفي

---

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 166/6 و167.

(2) قوله: (وقال بعضهم: النظر... على أنها رقيق) بنحوه في التقييد، لأبي الحسن الزرويلي: 47/11.

(3) كلمة (بالنفقة) يقابلها في (ع2): (بقيمة النفقة) وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

مشتري صغير فكبر، وعلمت حريته: لم أسمع من قال في النفقة شيئًا، ولعلهم لم يُسألوا عنها.

قال اللخمي: والصواب أن لا تراجع في أم الولد بنفقة، ولا خدمة، وليست كالحر؛ لأنها وقت الخدمة بحال رق، ولو أجَّرها وفات؛ لم تُرَد، والأجرة للسيد.

وقد اختلف في حر استحق، فلابن القاسم في "العتبية": لا شيء على المشتري من خراجه، وإذا لم يغرمه؛ لم يرجع بالنفقة.

وقال المغيرة: يرجع بالخراج؛ لأنه غير مضمون؛ لأن «**الخَرَاج بِالضَّمَانِ**»[1]، والحر لا يضمن.

وإذا ردَّ بيعها؛ تحفظ منه؛ لئلا يعود لبيعها[2]، ولا يسافر بها[3]، وإن لم يمكن التحفظ؛ أعتقت[4] عليه على قول مالك في المبسوط في بائع زوجته: إنَّ بيعها لا يكون طلاقًا، وتطلق عليه إن خِيفَ عوده، ولو غاب بها المشتري، ولم يعلم حيث هو؛ تصدق بالثمن على البائع[5]، كمالٍ[6] لا مالك له[7].

واختلف في أم الولد والمكاتب والمعتق إلى أجل.اهـ[8].

وهذا التفريع كله مبنيٌّ على المنع من بيعِ أم الولد، وهو مذهب جمهور العلماء، وعليه علماء الأمصار في القرن الثاني والثالث، وقيل[9] بجوازه شذوذًا.

---

(1) حسن، رواه أبو داود في باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا، من أبواب الإجارة، في سننه: 284/3، برقم (3508).

والترمذي في باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا، من أبواب البيوع، في سننه: 573/3، برقم (1285) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(2) في (ب) و(ع2): (بيعها) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(4) في (ز): (عتقت).

(5) كلمتا (على البائع) ساقطتان من (ع2) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(6) كلمة (كمالٍ) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4056/7 و4057.

(8) ما يقابل عبارة (واختلف في أم الولد والمكاتب والمعتق إلى أجل) بياض في (ع2) و(ب).

(9) كلمة (وقيل) ساقطة من (ز).

قال في "المقدمات": وإلى جواز بيعها في الدين ذهب داود القياسي، والرافضة، وأهل الظاهر[1].

قال ابن يونس: ولم يختلف أنَّها لا تباع إذا حملت، فإذا وضعت؛ فالأصل بقاء ذلك المنع[2].

وإنما لم يمنع وطؤها كما منع البيع وغيره؛ لأنه الذي أوجب لها هذه[3] الحرمة[4]، فلو بطل لبطلت تلك الحرمة[5].

قلتُ: وهو شبيه بما تقرَّر في الأصول من أن نسخ حكم أصل القياس لا يبقى معه حكم الفرع، ومن امتناع نسخ الفحوى دون أصله على المختار في المسألتين، ومثل حكاية ابن يونس حكى بعضهم الإجماع على المنع من بيعها ما دامت حاملًا.

وقال بعض من ألَّف في المسألة: منهم من أجاز بيعها حينئذٍ، واستثنى جنينها، وهو الأقرب، وإنما[6] الإجماع على منع بيعها مع جنينها.

ومنهم من قال: كان الخلاف فيها / بين الصحابة، ثم أجمع من بعدهم على المنع، والمسألة مشهورة في الخلافيات. [ز:770/أ]

واستدل للمنع بما روى الدارقطني عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد، وقال: «**لا يُبَعْنَ وَلا يُوهَبْنَ وَلا يُورَثْنَ، يَسْتَمْتِعُ بِهَا سَيِّدُهَا مَا دَامَ حَيًّا فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ**»[7].

---

(1) المقدمات الممهدات، لابن رشد: 198/3.

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 140/6.

(3) كلمتا (لها هذه) يقابلهما في (ب): (لهذه) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) في (ز): (الحرية) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) كلمة (الحرمة) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(6) في (ز): (وأما).

(7) ضعيف، رواه الدارقطني في كتاب المكاتب، من سننه: 236/5، برقم (4247).
والبيهقي في باب الخلاف في أمهات الأولاد، من كتاب عتق أمهات الأولاد، في سننه الكبرى: 583/10، برقم (21795) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

وبما رُوي عن ابن[1] المسيب أنَّ عمر أعتق أمهات الأولاد، وقال عمر: "أعتقهن رسول الله ﷺ".

وبما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**أُمُّ الْوَلَدِ حُرَّةٌ وإِنْ كَانَ سَقْطًا**»[2].

وما رُوي عنه -أيضًا- أن رسول الله ﷺ[3] قال: «**أَيُّمَا أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا؛ فَإِنَّهَا إِذَا مَاتَ حُرَّةٌ إِلَّا أَنْ يُعْتِقَهَا قَبْلَ مَوْتِه**»[4].

وبما رُوي -أيضًا- أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ وَلَدَتْ مِنْهُ أَمَتُهُ؛ فَهِيَ حُرَّةٌ مِنْ بَعْدِ مَوْتِهِ**»[5].

وبما رُوي عنه -أيضًا- أنه قال لما ولدت مارية، قال رسول الله ﷺ: «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**»[6]، وضعف الأول بأنه موقوف على ابن عمر، ولا يصح مسندًا.

والثاني بأن[7] في رجاله من يضعف، وكذا في رجال غير الأول من أحاديث ابن عباس، وفي رجال الأول مِنْ أحاديثه مَنْ هو منكر الحديث.

---

(1) كلمة (ابن) ساقطة من (ب).

(2) ضعيف، رواه الطبراني في الكبير: 239/11، برقم (11609).
والدارقطني في كتاب المكاتب، في سننه: 230/5، برقم (4231).
والبيهقي، في باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له، من كتاب عتق أمهات الأولاد، في سننه الكبرى: 581/10، برقم (21787) جميعهم عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(3) عبارة (وبما روي عن ابن عباس...) ساقطة من (ب) و(ع2)، وما أثبتناه موافق لما في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام.

(4) ضعيف، رواه أحمد في مسنده: 5/ 82، برقم (2910).
والطبراني في الكبير: 209/11، برقم (11519).
والدراقطني في كتاب المكاتب، في سننه: 232/5، برقم (4236) جميعهم عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(5) ضعيف، رواه ابن ماجة في باب أمهات الأولاد، من كتاب العتق، في سننه: 841/2، برقم (2515).
وأحمد في مسنده: 4/ 484، برقم (2759) كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنه.

(6) ضعيف، رواه ابن ماجة في باب أمهات الأولاد، من كتاب العتق، في سننه: 841/2، برقم (2516).
والدارقطني في كتاب المكاتب، في سننه: 231/5، برقم (4233) كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(7) في (ز): (لأنَّ).

واستدل -أيضًا- بما رَوى مالك وغيره من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنهم لمَّا أصابوا سبيًا في غزوة بني المصطلق واشتدت عليهم العزبة، وأرادوا الوطء وأحبُّوا الأثمان، وسألوه ﷺ عن العزل، فقال: «**لا عَلَيْكُمْ أَنْ لا تَفْعَلُوا، مَا من نَسَمَةٍ قدَّر الله أَنْ تَكُونَ إِلَّا كَائِنَةٌ**»[1]، فلولا أن الحمل مبطل للثمن، وإلا لما قرَّرهم ﷺ على هذا الاعتقاد وتكلف الحيلة.

قلتُ: وفي هذا الاستدلال نظر؛ لاحتمال أن يكون خوفهم من بخس أثمانهن بالولادة، فيكون ثمنهن لما دخلهن من عيبها أقل، وليس خوفهم من إبطال[2] الثمن بالكلية، أو خافوا من أن لا يتمكنوا من بيعهن في الحال إن حملن؛ لأنهن مع الحمل ينتظر بهن الوضع، كما تقدَّم عن من خصَّ الإجماع بحال الحمل.

واستدل للجواز بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة:275]، وبما رُوي عن جابر رضي الله عنهما: "**كُنَّا نَبِيعُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ وعهد[3] أَبِي بَكْرٍ، وصدر من خلافة عمر رضي الله عنه ثم نهانا عمر**"[4].

وبما خرَّج النسائي من حديث جابر: كنَّا نبيع سرارينا أمهات الأولاد والنبي ﷺ حي ما يرى بذلك بأسًا[5].

---

(1) متفق على صحته، رواه مالك في باب ما جاء في العزل، من كتاب الطلاق، في موطئه: 857/4، برقم (527).

والبخاري في باب غزوة بني المصطلق من خزاعة؛ وهي غزوة المريسيع، من كتاب المغازي، في صحيحه: 115/5، برقم (4138).

ومسلم في باب حكم العزل، من كتاب النكاح، في صحيحه: 1061/2 برقم (1438) جميعهم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(2) كلمتا (من إبطال) يقابلهما في (ب) و(ع2): (بإبطال).

(3) كلمتا (وعهد) يقابلهما في (ب): (وعلى عهد).

(4) صحيح، رواه ابن حبان في باب ذكر البيان بأن عمر بن الخطاب هو الذي نهى عن بيع أمهات الأولاد، من كتاب العتق، في صحيحه: 166/10، برقم (4324) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(5) صحيح، رواه ابن ماجة في باب أمهات الأولاد، من كتاب العتق، في سننه: 841/2، برقم (2517).

والنسائي في باب أم الولد، من كتاب العتق، في سننه الكبرى: 56/5، برقم (5021) كلاهما عن جابر عن عبد الله رضي الله عنهما.

وفي لفظ: «**فَلا يُنْكِرُ ذَلِكَ عَلَيْنا**»[1].

وأجيب بأن الآية عامة يجب تخصيصها بما تقدَّم من الأدلة التي أقواها إجماع أهل العصر الثاني والثالث، وهو جائز على المختار من القولين عند أهل الأصول، ويدل عليه ما استدلوا به من قول جابر: ثم نهانا عمر.

قال ابن رشد: وأما حديث جابر فضعيفٌ عند أهل النقل، وقد ذكر أبو الفرج في "الحاوي" أنه رَوى عنه من طريقه ما يعارضه، وهو أنه قال: «**كنَّا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ ثم زجر عن بيعهن**»[2]، فزجرُه ﷺ عن بيعهن نَسْخٌ لِمَا كانوا عليه[3] من جوازه[4].

وَفُدِيَتْ إِنْ جَنَتْ بِأَقَلِّ القِيمَةِ يَوْمَ الحُكْمِ والأَرْشِ

يعني أن أم الولد إن جنت على أحد؛ فإنَّ السيد يجب عليه أن يفديها بأقل الأمرين، وهما قيمة رقبتها (**يَوْمَ الحُكْمِ والأَرْشِ**)، فـ(**الأَرْشِ**) مخفوض بالعطف على (**القِيمَةِ**)، وبها يتعلق يوم أن يفديها[5] بالأقل من قيمتها يوم الحكم عليه بذلك، لا قيمتها يوم الجناية أو من قيمة أرش الجناية.

قال ابن شاس: يوم الجناية.اهـ[6].

وقيمتها يوم الحكم على أنها أمة، ولمَّا تعذَّر[7] على سيدها إسلام رقبتها في

---

(1) من قوله: (حكى بعضهم الإجماع على المنع) إلى قوله: (ذلك علينا) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 260/17 و261.

والحديث رواه النسائي في باب أم الولد، من كتاب العتق، في سننه الكبرى: 57/5، برقم (5022) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(2) رواه ابن كثير في مسند الفاروق: 80/2، برقم (452) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(3) كلمة (عليه) ساقطة من (ز).

(4) المقدمات الممهدات، لابن رشد: 198/3.

(5) عبارة (بأقل الأمرين، وهما قيمة... أن يفديها) زيادة انفردت بها (ز).

(6) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 865/3.

(7) في (ز): (تقرر) ولعل الصواب ما أثبتناه.

جنايتها[1] كما يفعل بالقن؛ لأَنَّ إسلامها بيع لها وهو لا يجوز؛ وجب عليه فداؤها بالأقل من قيمتها، وأرش جنايتها.

قال في كتاب الجنايات من "المدونة": قال مالك: أحسن ما سمعت في جناية أم الولد أن يلزم السيد الأقل[2] من أرش جنايتها أو من قيمتها أمة يوم الحكم؛ زادت قيمتها أو نقصت، فذلك عوض من إسلامها، لمَّا لم يكن سبيل إلى رِقِّها.

وكذلك ما استهلكت[3]، أو أفسدت بيدها أو دابتها، / أو تحفر حفرة حيث لا [ز:770ب] ينبغي لها، أو اغتصبت، أو اختلست؛ لأن هذا كله من العبيد جناية[4]، وعلى السيد فيها الأقل، كما ذكرنا.

وإن كان ذلك أكثر من قيمتها؛ لم يتبع السيد بما ناف على[5] قيمتها، ولا هي إن أعتقت؛ لأنها لو كانت أمة فأسلمت؛ لم يكن عليها فضل الجناية، وإخراج قيمتها بأمرٍ قاض، أو بغير أمرٍ قاض سواء، ويحاص أهل جنايتها بذلك غرماء سيدها، وتقوم أمة[6] بغير مال لها.

وقيل: تقوم بمالها، ولا يقوم ولدها معها، وإن ولدته بعد الجناية.اهـ[7].

وإنما لم يقوم ولدها معها؛ لأنها إنما تقوم للجناية يوم الحكم، وقد زايلها الولد قبله، وإنما لزم السيد إسلام أحد الأمرين؛ لتعذر إسلام رقبتها، وهو قد أدخل فيها ذلك المانع، وليست بحرة، فيلزمها ذلك، أو يلزم عاقلتها ولا فيها خدمة فيخيَّر في إسلامها أو فدائها[8].

وقال ابن الجهم: قال ابن عبد الحكم: ذلك في ذمتها، ولا شيء على سيدها.

---

(1) في (ز): (حياتها).

(2) في (ز): (أقل) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) في (ز): (استهلك) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) في (ز): (بجناية).

(5) في (ز): (عن) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(6) في (ز): (أمته) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(7) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 363/4.

(8) كلمتا (أو فدائها) يقابلهما في (ب): (وفدائها).

وقال ابن الجهم: يخيَّر السيد، فإمَّا أعطى الجناية، أو أسلم ما بقي له فيها من الخدمة فيستخدمها أو يؤاجرها، ولا يلحقه من جنايتها أكثر ممَّا ملك منها، فإن وفَّت؛ رجعت إلى سيدها، وإن لم توف حتى مات؛ أعتقت واتبعت بالباقي في ذمتها.

وقال الليث: يخيَّر فإمَّا فداها بالأقل، أو يتركها تسعى في قيمتها.

وقال ربيعة -ونحوه لأبي يوسف-: إن قتلت؛ فإمَّا أدَّى السيد الدية، وإلا أعتقت عليه، وكانت الدية على عاقلتها.

وما ذكر من[1] أن قيمتها يوم الحكم هو قول ابن القاسم.

وقال المغيرة: يوم الجناية، وإذا تعدَّدت جنايتها؛ دَفَع ما ذكر لأهل الجنايات[2] يتحاصون فيه إن قاموا في وقت واحد[3].

وفروع جنايتها وجنايات سائر العبيد كثيرة محلها "المدونة".

وإنْ قالَ فِي مَرَضِهِ: «وَلَدَتْ مِنِّي» ولا وَلَدَ لَها صُدِّقَ إنْ وَرِثَهُ وَلَدٌ

يعني: إن قال في مرضه لأمةٍ له: هذه قد ولدت مني، فإن كان[4] معها ولد وادَّعى أنه ولده، وبه كانت أم ولد؛ صدِّق ولحق به الولد؛ كان ورثته كلالة أو لا؛ لأَنَّ استلحاق الولد يقطع كل تهمة، ويرثه هذا الولد المقر به.

وإن لم يكن مع الأمة ولد، فإن ورثه ولد له ذكر أو أنثى وحده أو مع غيره؛ فإنه يصدَّق؛ إذ لا يتهم في أن يفر[5] بماله عن ولده[6] إلى غيرهم، كهذه الأمة التي أقرَّ لها بالحرية بعد موته.

---

(1) كلمة (من) زيادة انفردت بها (ز).

(2) في (ب) و(ع2): (الجناية) وما أثبتناه موافق لما في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام.

(3) من قوله: (وقال ابن الجهم: قال ابن عبد الحكم) إلى قوله: (في وقت واحد) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): **264/17**.

(4) كلمة (كان) ساقطة من (ب).

(5) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (يقر) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(6) في (ز): (ولد).

وإن لم يكن له ولد لم يصدَّق؛ لأنه يتهم على[1] غير الولد من الورثة أن يفر[2] عنه بماله إلى غيره؛ لضعفِ قرابة غير الولد.

ومفهوم قوله: (**ولا ولَدَ مَعَها**) أنه إن كان معها ولد يصدَّق مطلقًا، وهو مفهوم صحيحٌ، وإن كان ممَّا لم يلتزمه؛ لأنه من مفهوم الصفة؛ إذ قوله: (**ولا ولَدَ**) جملة حالية، والحال صفة.

ويعني بهذا الولد المنفي صريحًا المثبت مفهومًا أن السيد استلحقه، صرَّح بذلك في "المدونة" الكبرى، ويعلم أن المصنف أراده؛ لأن تصديقه -كما قلنا- إنما كان؛ لأن استلحاق النسب يقطع التهم، وأما ولدها الذي لم يستلحقه فوجوده كعدمه.

وإنما لم يتهم الناس في استلحاق النسب؛ لأَنَّ فيه أمورًا شديدة على النفس، فتكون قرائن على تصديقه، وهي إتلاف الأمة، والتزام نفقتها، ونفقة الولد، وتوريثه، وقطع الرحم بإعطاء ما أوجبه الله تعالى لهم للأجنبي، وقد صار إلى دار الحق، ولذا لم يتهموا المديان فيه، وإن أتلف مال غرمائه، فكان المريض أحرى ألا يتهم[3].

ومفهوم قوله: (**إِنْ وَرِثَهُ وَلَدٌ**) أنه إن لم يرثه ولد، ولا ولد معها؛ لم يصدق كما شرحناه، وهو صحيح.

ونص المسألة من "التهذيب" بمفهومها مع ما فيها من زيادة على ما ذكر المصنف:

وأما إن قال -يعني المريض وأضمره؛ لتقدم ذكره-: كانت هذه ولدت مني، ولا يعلم ذلك إلا بقوله، ولا ولد معها، فإن كان ورثته ولده؛ صُدِّق وعتقت[4] من رأس المال، وإن لم يترك ولدًا؛ لم يصدق، ولا تعتق الأمة في الثلث، وتبقى رقًا، إلا أن

---

(1) في (ز): (عن).

(2) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (يقر) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) من قوله: (وإنما لم يتهم الناس) إلى قوله: (أحرى ألا يتهم) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 146 و147.

(4) في (ب) و(ع2): (وعتق) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

يكون معها ولد، أو بينة[1] تثبت، فتعتق من رأس المال.

وقال -أيضًا[2]- مالك: لا تعتق إذا لم يكن معها ولد من ثلث، ولا رأس مال، كان ورثته ولدًا أو كلالة، كقوله: أعتقت عبدي في صحتي؛ فلا يعتق في ثلث ولا رأس / مال، وقاله أكثر الرواة.اهـ[3]. [ز:771/أ]

وقوله: (أو بينة تثبت) أي: تثبت إقراره في الصحة بالولادة.

ويجري في هذه المسألة قول ثالث: إنه إن حملها الثلث عتقت من أحد القولين فيمن كُوتب في صحة السيد، وأقرَّ بقبض كتابته في مرضه وورثته كلالة أنه إن حمله الثلث؛ جاز، كما لو ابتدأ عتقه، وبقوله في هذه ناقض[4] ابن يونس قوله هنا فيمن قال: أعتقت عبدي في صحتي؛ أنه لا يكون في ثلث ولا رأس مال.

وقال عن بعض فقهائه: إنه لم يختلف قوله في هذا.

ووجه ما قال هنا أنه أقرَّ وحجب عن ماله إلا من الثلث، ولم يُرِد به الوصية، فيكون في الثلث، ولا يكون فيه إلا ما أريد به الوصية، أو فعل في المرض.

وليس للمريض أن[5] يعتق من رأس ماله في مرضه، وقاله أكثر الرواة.

وأما توجيه الفرق بين أن يرثه ولد أو كلالة، فقد تقدَّم.

قال ابن يونس: ويحتمل أن يفرق بين قوله: (ولدت مني) و(أعتقته في صحتي) أن الولادة شأنها في الغالب الاستسرار، وشأن العتق غالبًا الاشتهار والإشهاد[6]، فلمَّا لم يعلم منه هذا العتق إلا بقوله في المرض؛ قويت ريبته، وطرح قوله.

وفرق -أيضًا- بين (أعتقته في صحتي)[7]، وإقراره بقبض الكتابة على قوله في

---

(1) في (ب) و(ع2): (بنت) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) كلمة (أيضًا) ساقطة من (ز).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 306 و307.

(4) ما يقابل كلمة (ناقض) غير قطعيّ القراءة في (ز).

(5) كلمة (أن) ساقطة من (ع2).

(6) كلمة (والإشهاد) ساقطة من (ز) وهي في جامع ابن يونس.

(7) في (ب) و(ع2): (صحته) ولعل الصواب ما أثبتناه.

هذا: (إنه يعتق في الثلث إن ورثه كلالة) بأن كتابة هذا قد ثبتت في الصحة فإقراره في المرض بقبضها، كوصيته فيه[1] بوضعها عنه فيرجع إلى الثلث.

والذي قال: أعتقته في صحتي، ولم يُعْلَم ذلك منه إلا في المرض؛ قويت التهمة فيه أنه أراد عتقه من رأس المال في حال لا يكون له ذلك فيه؛ فطرح قوله.

والقياس في المسألتين، وفي قوله في مرضه: ولدت مني ولا ولد معها أن لا يعتقوا في ثلث، ولا رأس مال؛ لأنه قصد عتقهم من رأس المال، ولا حكم له فيه حينئذٍ فلا يعتقون فيه، ولم يقصد الثلث؛ فلا يعتقون فيه[2] أيضًا، وقاله بعض أصحابنا. اهـ[3].

وقال اللخمي -بعد أن ذكر أنه يخرج في قوله: ولدت مني-: إنها تعتق من الثلث إن حملها، ولم يشغل بوصية، وإن ورث كلالة من قوله في المقر بقبض ما كاتبه عليه في الصحة: ويجري فيها قول رابع: إنه إن اعترف بوطئها؛ قُبِل قوله الآن، وإن لم يحملها الثلث، وهو قول ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب إذا باعها ثم قال: ولدت مني.

وقال محمد: إن أقرَّ بذلك في صحته وعند قيام الغرماء؛ لم يُقْبَل، وعلى قول عبد الملك يُقْبَل إن كان سمع منه أنه أصابها، وأرى أن يصدَّق.

وإن أقر في مرضه وورثه كلالة ولا يحملها الثلث، أو في صحته وعليه دين؛ لأنَّ كثيرًا يكتمون هذا إلى الموت، وفارق العتق الإيلاد؛ لأن شأن السيد فيه الإشهاد، وشأن العبد[4] الإشهار[5].

وإِنْ أَقَرَّ مَرِيضٌ بِإِيلادٍ أَوْ عِتْقٍ فِي صِحَّتِهِ لَمْ تُعْتَقْ مِنْ ثُلُثٍ ولا مِنْ رَأْسِ مَالٍ

قلتُ: أما قوله: (أَوْ عِتْقٍ) فهي ما قدَّمنا من قوله في "المدونة" كقوله: أعتقت

(1) كلمة (فيه) ساقطة من (ز).

(2) في (ب) و(ع2): (فيها) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 143 و144.

(4) في (ب) و(ع2): (العتق) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/4038 و4039.

عبدي في صحتي[1]، وتقدَّم شرحها بما يتعلق بها مُسْتَوفى[2].

وأما قوله: (وَإِنْ أَقَرَّ مَرِيضٌ بِإِيلادٍ) فهي[3] المسألة التي قبلها سواء؛ فلا معنى لإعادتها، فلو اقتصر على مسألة العتق؛ لكان أَوْلَى؛ بل الأَوْلَى كان أن يقول: (فإن أقرَّ بعتقٍ في صحته) فإنه أخصر؛ لأن فاعل (أَقَرَّ) ضمير المريض.

فإن قلتَ: لعل هذه إن أقرَّ بإيلاد ومعها ولد، والتي قبلها لا ولد معها.

قلتُ: هذا لا يصح؛ لأن الولد الذي معها إن كان استلحقه، فقوله مقبول مطلقًا كما تقدَّم، وإن لم يستلحقه فوجوده كعدمه، فترجع إلى التي قبلها، ثم هذا الحكم الذي ذكر هنا في إقرار المريض بالإيلاد خلاف ما ذكر في التي قبلها؛ لأَنَّ الذي ذكر هنا هو قول أكثر الرواة كما قدَّمنا في التي[4] قبلها، واقتصر فيما تقدَّم على قول ابن القاسم.

وحاصله أنه أفتى في المسألة بقول ابن القاسم، ثم كرَّر ذكرها وأفتى فيها بقول الأكثر، وما أظن أوقعه في هذا إلا كلام وقع لابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: (فإن قال: أعتقتها في صحتي؛ لم تعتق من رأس مال، ولا ثلث على الأكثر فيهما)[5].

ولولا الإطالة وأنه إنَّما يمس كلام ابن الحاجب لجلبناه وبينَّا ما فيه.

ومن ذلك الكلام قال ابن زرقون: اختلف فيمن أقرَّ في مرضه أنه كان فعل شيئًا في صحته، كعتق أو إيلاد على ستَّة أقوال، ففي كتاب أمهات الأولاد: لا ينفذ من ثلث، ولا / رأس مال. [ز:771ب]

ولمحمد بن عبد الحكم في كتاب ابن حارث: ينفذ من رأس المال[6] ورث بولد أو كلالة.

---

(1) في (ز): (صحته).

(2) انظر النص المحقق: 9/ 405.

(3) في (ز): (في).

(4) كلمتا (في التي) ساقطتان من (ب) و(ع2) وقد انفردت بهما (ز).

(5) جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 2/799.

(6) في (ب): (مال).

وفي كتاب أمهات الأولاد -أيضًا-: إن ورث بولدٍ؛ فمن رأس المال، وإن ورث[1] بكلالة؛ لم ينفذ من ثلث ولا رأس مال.

وظاهر قول ابن القاسم في كتاب المكاتب، ونص ما في كتاب محمد: إن ورث بولد؛ فمن رأس المال، وإن ورث بكلالة؛ فمن الثلث.

وفي كتاب محمد: من الثلث ورث بولد أو بكلالة.

وحكى التونسي إن حمله الثلث؛ جاز، وإلا بطل جميعه[2].اهـ[3].

فلعلَّ المصنف اقتصر على الأول من هذه الأقوال، وظنَّ أن المسألة التي قبل هذه لا تدخل تحت عموم الإقرار بالإيلاد -لا سيما- مع كلامه في الكتاب فيها بالخصوصية، كما فعل ابن الحاجب وغيره، وليس كذلك؛ إذ هي هي[4]؛ لأن الإقرار بالإيلاد[5] المختَلف فيه إنَّما هو إذا لم يكن معها ولد؛ إلا أن فيها قولين كما تقدَّم في نص الكتاب؛ ألا ترى إلى قول ابن زرقون: وفي كتاب أمهات الأولاد أيضًا.

وإنْ وَطِئَ شَرِيكٌ فَحَمَلَتْ غَرِمَ نَصِيبَ الآخَرِ، فَإِنْ أَعْسَرَ خُيِّرَ فِي اتِّباعِهِ بِالقِيمَةِ يَوْمَ الوَطْءِ أَوْ بَيْعِها لِذَلِكَ، وَتَبِعَهُ بِما بَقِيَ وَبِنِصْفِ قِيمَةِ الوَلَدِ

يعني أنَّ الأمة بين الشريكين إذا وطئها أحدهما، فحملت منه فإنه إن كان مليًّا؛ غرم قيمة[6] نصيب شريكه يوم وطئها، وتكون له[7] أم ولد، ولا شيء عليه من قيمة الولد، وهو لاحق النسب به.

وإن كان معسرًا بما يلزمه من قيمةِ نصيب الشريك؛ فإنَّ هذا الشريك يخير على

---

(1) في (ب): (ورثه).

(2) كلمة (جميعه) ساقطة من (ب).

(3) من قوله: (قال ابن زرقون: اختلف فيمن) إلى قوله: (بطل جميعه) بنصِّه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 259/17.

(4) كلمة (هي) ساقطة من (ز).

(5) في (ز): (بالإقرار).

(6) في (ز): (فيه).

(7) كلمة (له) ساقطة من (ز).

الوطء[1] في أن يتركها له ويتبعه بنصف قيمتها يوم الوطء، وبنصف قيمة الولد في ذمته، أو يبيع عليه نصفها فيما لزمه من تلك القيمة، وإلى هذا أشار بقوله: (**كَذَلِكَ**) أي: يبيع عليه الذي لم يطأ النصف الذي له فيما لزم الواطئ من قيمة ذلك النصف يوم الوطء، ونصف قيمة الولد، ويبقى نصف قيمة[2] الواطئ بيده، فالإشارة في قوله: (**كَذَلِكَ**) راجعةٌ إلى بيعها مُبعضة، والله أعلم.

فإن كان ثمن النصف المبيع كفاف تلك القيمة؛ فلا إشكال، وإن زاد ثمنه على تلك القيمة؛ بيع منه بمقدار الدين، وإن نقص؛ اتبعه شريكه بما بقي من قيمة نصف الأمة، ويتبعه[3] -أيضًا- بنصف قيمة الولد، والولد حر[4] لاحق النسب في الأحوال كلها.

وتلخَّص ممَّا ذكر أنه إن كان مليًّا؛ غرم قيمة نصف شريكه، وهو المراد بقوله: (**نَصِيبَ الآخَرِ**)، ولا شيء عليه من قيمة الولد، وعُلِمَ هذا من كونه لم يذكر غرم قيمة[5] نصف الولد إلا مع الإعسار، و(**ال**) في قوله: (**بِالقِيمَةِ**) للعهد؛ أي: قيمة نصف الأمة ونصف الولد.

وقوله: (**بِما بَقِيَ**) يعني: إنْ نَقَص ثمن نصف الأمة عن قيمته وقيمة نصف الولد.

وقوله: (**وبِنِصْفِ قِيمَةِ الوَلَدِ**) يعني مع الإعسار، سواء اختار[6] تركها له واتباع ذمته، أو اختار بيع نصفها، ونقص ثمن ذلك النصف عن قيمته وقيمة نصف الولد، وأما إنْ كان الثمن مساويًا للقيمتين أو زائدًا عليها؛ فلا إشكال.

فإن قلتَ: لا يدل كلامه على ثبوت الاتباع بنصف قيمة الولد؛ إلَّا إذا اختار الذي لم يطأ بيع النصف على الواطئ فيما يلزمه من قيمته، وأما إن تركها له ورضي باتباع

(1) في (ب) و(ع2): (الواطئ)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) كلمة (قيمة) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ز): (وتبعه).

(4) كلمة (حر) ساقطة من (ز).

(5) كلمة (قيمة) ساقطة من (ز).

(6) كلمتا (سواء اختار) يقابلهما في (ز): (اختيار).

ذمته؛ فلا دليلَ في كلامه على ثبوت اتباعه بنصف قيمة الولد؛ بل بقيمة[1] نصف الأمة خاصة.

قلتُ: ظاهر اللفظ كما ذكرت، لكنَّ الدليل العقلي يدل على ثبوت[2] الاتباع بذلك في الصورتين؛ لأنه إنما يبيع عليه نصف الأمة فيما تعيَّن له عليه من دينٍ لو لم يبعه ورضي باتباع ذمته، فلو كان ذلك الدين إنما هو قيمة نصف الأمة خاصة؛ لم يكن يباع[3] إلا فيه، وهو ظاهر.

ويدل على صحة هذا التقرير تصريح ابن القاسم به في "المدونة" في مسألة ما إذا وطئها الشريكان في طهرين على ما ترى من نصِّه.

ولا فرق بين هذه، ووطء أحدهما خاصة.

وأما ابن القاسم في مسألة وطء أحد الشريكين، فنصه كنص المصنف، وعلى ذلك نقلها ابن شاس[4] وابن الحاجب[5] ومن قبلهم لا يصرحون باتباعه بنصف قيمة الولد مع العسر إلَّا إذا بيع[6] عليه نصفها.

وأما إن اختار تركها واتباع ذمته؛ فلا يُصَرِّحون عن ابن القاسم بأنه يتبعه مع قيمة النصف بنصف قيمة الولد، وذلك منهم وقوف مع نصه، وعندي أن ما أُجْمِل هنا يُفَسر بما ذكر في مسألة ما إذا وطئها في طهرين[7]، ويرجح هذا التقييد قول ابن يونس في مسألة ما إذا وطئها أحدهما، واختار الشريك اتباع ذمته بعد أن نقل / قول ابن القاسم. [ز:772/أ]

وقال سحنون: لا يتبعه بنصف قيمة الولد.اهـ[8].

---

(1) في (ز): (قيمة).

(2) في (ز): (قبول).

(3) في (ز): (تباع).

(4) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1215/3.

(5) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 633/2.

(6) في (ب) و(ز): (باع) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(7) في (ز): (طهر) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(8) قول سحنون بنحوه في التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1334/3.

فدلَّ هذا أنَّ ابن القاسم يقول: يتبعه بذلك، وهذه المسألة اضطرب المذهب فيها اضطرابًا كثيرًا، والذي ترجَّح عندي من مذهب ابن القاسم في "المدونة" هو هذا الذي شرحت به كلام المصنف، والله أعلم.

فإن قلتَ: لمَ ثبتَ الاتباع بنصف قيمة الولد مع الإعسار وسقط مع الملاء؟

قلتُ: قالوا: لمَّا وجبت القيمة يوم الوطء وهو يومئذٍ مليء بها؛ تعيَّن أن الأمة له، وأن الولد يكون[1] على ملكه؛ فلا شيء فيه لشريكه.

وأما إن كان معسرًا بها يومئذ، فقد تحقق أنه وطئ ملكه وملك غيره، فالولد على ملكهما أيضًا.

وأما إن لم تحمل الأمة من وطء أحد الشريكين؛ فإن الشريك الآخر يخيَّر في التمسك بنصيبه، أو اتباع الواطئ بنصف قيمتها يوم وطئها.

وهذا الحكم قدَّمه المصنف في كتاب الشركة.

وقد اضطربت أنقال المذهب في هذه المسألة اضطرابًا كثيرًا، وانظر ما تعلق بها في "النوادر" واللخمي وابن يونس و"التنبيهات"، ولنقتصر منها على نقل "المدونة" خاصة، فإنه يكفى مع ما خفَّ من كلام غيرها.

قال: وإن وطئ أحد الشريكين أمة بينهما فلم تحمل؛ فشريكه مخيَّر في التماسك بنصيبه أو اتباع الواطئ بنصف قيمتها يوم وطئها، وإنما قومت عليه يوم الوطء؛ لأنه كان ضامنًا لها لو هلكت بعد وطئه؛ حملت أو لم تحمل، ولا حدَّ على الواطئ، ولا عُقْرَ عليه، ويؤدب إن لم يعذر بجهل، وإن حملت؛ قومت على الواطئ يوم الوطء إن كان مليئًا، ولا تماسك لشريكه، ويلحق الولد بالواطئ، وهي به أم ولد له.

قال ابن القاسم: فإن كان الواطئ عديمًا، فقد بلغني أن مالكًا قال قديمًا: تكون له أم ولد، ويتبع بنصف قيمتها، ولا قيمة عليه في الولد، وآخر قوله -وبه آخذ-: أن يقوم عليه نصفها، أو يباع نصفها فيما يلزمه من نصف قيمتها، فما نقص عن ذلك؛ اتبعه به مع نصف قيمة الولد، ولا يباع من الولد شيء، وهو حر ثابت النسب.اهـ[2].

(1) في (ع2): (تكون).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 325.

قال ابن يونس في قوله: (مع نصف قيمة الولد)؛ يريد: يوم وضعته.

وقال سحنون: لا شيء عليه من قيمة الولد إذا اختار قيمتها؛ لأنَّ الولد جاء بعد أن ضمنه القيمة[1].

قلتُ: وقوة ما نقل سحنون تدل أن ابن القاسم يقول: يتبعه مع العسر بنصف قيمة الولد إذا[2] اختار تضمينه -كما قدَّمنا- وصرَّح بذلك في مسألة ما إذا وطئها في طهرين، فقال: ولو وطئها أحدهما[3] في طهر، والآخر في طهر بعده، فأتت بولد؛ فهو للآخر إن وضعته لستة أشهر من يوم مسيسه، وعليه لشريكه إن كان مليًّا نصف قيمتها فقط يوم الوطء، أو يوم الحمل كيف شاء شريكه، ولا صداق عليه ولا قيمة ولد في ملائه.

وإن كان عديمًا؛ اتبع بنصف قيمة الأمة مع نصف قيمة الولد، وبيع عليه نصفها في ذلك، فإن كان ثمنه كفافًا لنصف[4] قيمتها؛ اتبعه بنصف قيمة الولد، وإن كان أنقص؛ اتبعه بما نقص مع نصف قيمة الولد، والولد حر لاحق النسب لا يباع منه شيء.اهـ[5].

وهذا صريح فيما ذهبنا إليه من تفسير قول ابن القاسم[6] فيما إذا وطئها أحدهما؛ إذ لا فرق.

وقال في كتاب القذف في وطء أحد الشريكين: وإن حملت والواطئ مليء؛ فلا بدَّ أن تقوم عليه يوم حملت، ولا شيء عليه من قيمة ولده، وتكون له أم ولد.

وإن كان معسرًا؛ خير شريكه، فإن شاء تماسك بنصيبه واتبعه بنصف قيمة الولد، ولحق الولد بأبيه، وإن شاء أخذه بنصف قيمتها يوم حملت، ويباع ذلك النصف على الواطئ بعد أن تضع فيما لزمه من نصف قيمتها يوم حملت، فيأخذه شريكه إن كان

---

(1) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 199/6.

(2) كلمة (إذا) ساقطة من (ز).

(3) كلمة (أحدهما) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) في (ب) و(ع2): (بنصف) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2 /322 و323.

(6) كلمة (القاسم) ساقطة من (ز).

كفافًا؛ لما لزم الواطئ، ويتبعه بنصف قيمة الولد دينًا.

وإن نقص ذلك من نصف قيمتها يوم حملت؛ اتبعه بالنقصان مع نصف قيمة الولد، ولو ماتت هذه الأمة قبل أن يحكم فيها؛ كان عليه نصف قيمتها مع نصف قيمة ولدها.اهـ[1].

وهو يشبه ما هنا في[2] وطء أحدهما، وما في وطئهما.

وما[3] وقع في الكتاب من أن له قيمتها يوم الوطء -وفي مكان آخر: يوم الحمل-، فقيل: تفسير، وقيل: تخيير، وقيل: اختلاف قول، وعليه ففيها قول آخر وأنه إن وطئها مرة فيوم الوطء، وإلا فيوم الحمل.

واختار اللخمي قولًا آخر / انظره فيه[4]. [ز:772ب]

وقوله في "المدونة": ولا عُقْر عليه -بضم العين[5] وسكون القاف- هو من أسماء الصداق، كما يسمَّى مهرًا ونحلة ونفقة[6]، وزاد في كتاب القذف: ولا ما نقصها[7].

قال ابن يونس هناك: لأنَّ القيمة وجبت له فتركها، فلم يكن له ما نقصها، وهذا أصل قول مالك وأصحابه.

وهما مخالفان[8] لما في أول كتاب الغصب من أنَّ[9] المتعدي[10] إنْ أفسد

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 319.

(2) في (ز): (من).

(3) عبارة (في وطئهما وما) ساقطة من (ز).

(4) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4086/7 و4087.

(5) كلمتا (بضم العين) ساقطتان من (ب) و(ع2) وقد انفردت بهما (ز).

(6) قوله: (وقوله في "المدونة": ولا عُقْر عليه... ونحلة ونفقة) بنحوه في التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1342/3.

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 318/4.

(8) في (ز) و(ع2): (مخالفتان).

(9) كلمة (أنَّ) ساقطة من (ز).

(10) في (ز): (المعتدي).

كثيرًا في الثوب؛ خُيِّر ربه، فإمَّا ضمن القيمة، أو تماسَك وأغرمه ما نقص.

وأجيب بأن قول ابن القاسم اختلف في ذلك، وجوابه في الأمة على أحد القولين في أنه لا يرجع بنقص الثوب إن تماسك.

ثم قال: إن قيل: لِمَ خير الشريك في التقويم يوم الوطء أو يوم الحمل، وهو إن أعتق شقصه إنما يُقَوَّم يوم الحكم، والحمل من العتق؟

فالجواب أنَّ وطأه تعدٍ، والمتعدي إنما يقوم عليه يوم العداء، والمعتق ليس بمتعد[1].

قلتُ: وهذا معنى قول ابن القاسم أولًا: وإنما قومت... إلى آخره.

ثم قال في "المدونة" بعد قوله: (يباع عليه نصفها): ويعتق عليه هذا النصف الذي بقي بيده؛ إذ لا منفعة له فيه، وقال مالك فيمن أولد أمته، ثم ألفاها أخت رضاعة: إن الولد يلحق به ويدرأ عنه الحد، وتعتق عليه؛ لأن[2] وطْأَها قد حرم عليه، ولا خدمة له فيها.

وقال غيره: الشريك في عدم الواطئ مخيَّر بين أن يتماسك بنصيبه ويتبع الواطئ بنصف قيمة الولد دينًا، أو يضمنه ويتبعه في ذمته، وليس هو كعديم أعتق حصته من عبد فأراد الشريك أن يضمنه، فليس ذلك عليه؛ لأنه إنما أعتق نصيبه فقط.

وفي الوطء وطِئَ حظه وحظ شريكه، فإن تماسك بنصيبه؛ بقي نصيب[3] الواطئ بحال أم ولد ولا يعتق عليه؛ إذ لعله يملك باقيها فيحل له وطؤها، إلَّا أن يعتق المتمسك بالرق نصيبه فيعتق على الواطئ نصيبه؛ إذ لا يطؤها بملك أبدًا.

وإذا تماسك الشريك بنصيبه، وترك[4] تضمين الواطئ[5]؛ لعدمه، ثم أراد التقويم عليه بعد يسره، أو شاء ذلك الواطئ وأباه المتمسك؛ لم يلزم الآبي منهما،

---

(1) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 393/11 و394.

(2) في (ع2): (لا) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (نصف) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) كلمة (وترك) ساقطة من (ز) وهي في تهذيب البراذعي.

(5) كلمة (الواطئ) ساقطة من (ع2) و(ب) وهي في تهذيب البراذعي.

ولو طاعا بذلك؛ لم تكن للواطئ كلها بحال أم ولد؛ للرق الذي يرد[1] فيها، إلّا أن يولدها ثانية.

قال سحنون: والاختلاف بين أصحابنا في هذه المسألة كثير، وهذا أحسن ما علمتُ من ذلك، انتهى[2] بما فيه من الزوائد والفوائد[3].

وقوله: (يرد[4] فيها) أي: ثبتَ واستقرَّ.

قال اللخمي: اضطرب القول فيها إذا كان الواطئ مُعسرًا في خمسة مواضع:

أحدها: هل يكون كالموسر ويجبر الشريك على التقويم، أو يخيَّر بين التقويم والتماسك؟

الثاني: إنْ خُيِّر، فاختار التماسك هل يتبع الواطئ بنصف قيمة الولد ونصف ما نقصها الولادة؟ أو لا[5] شيء له من ذلك؟

الثالث: إن اختار التقويم هل يكون له نصف قيمة الأمة ونصف[6] قيمة[7] الولد؟ أو نصف[8] قيمة الأمة خاصة[9].

الرابع: إن قوم هل يتبعه بذلك في الذمة ولا يباع له منها؟ أو يباع؟

الخامس: إن بيع هل يباع له نصفها؟ أو بقدر دَيْنِه، وإن كان أكثر من النصف[10]؟

---

(1) في (ب) و(ع2): (برئ) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 325 و326.

(3) كلمة (والفوائد) ساقطة من (ز).

(4) في (ب) و(ع2): (برئ).

(5) كلمتا (أو لا) يقابلهما في (ع2): (ولا) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(6) كلمة (ونصف) يقابلها في (ب): (أو نصف) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(7) عبارة (الأمة ونصف قيمة) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(8) كلمتا (أو نصف) يقابلهما في (ز): (ونصف).

(9) كلمة (خاصة) ساقطة من (ب).

(10) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/4087 و4088.

وإنْ وَطِئاها بِطُهْرٍ فَالقافَةُ وَلَوْ كَانَ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدًا، فَإِنْ أَشْرَكَتْهُما فَمُسْلِمٌ، وَوَالَى إذا بَلَغَ أَحَدَهُما كَأَنْ لَمْ تُوجَدْ، وَوَرِثاهُ إنْ ماتَ أَوَّلًا

ما تقدَّم هو حكم ما إذا وطئ أحد الشريكين، وفي معناه إذا وطئ أحدهما في طُهْرٍ، والآخر بعده في طُهْرٍ ثان، ولذا لم يذكره المصنف استغناءً عنه بذكر[1] حكم ما إذا وطئاها في طهرين[2]، فإنه راجع إلى وطء الواحد كما ذكرنا.

ويعني: إن وطئاها معًا في طهر واحد، واحترز بقوله: (بِطُهْرٍ) -والباء بمعنى (في)- ممَّا إذا وطئاها في طهرين، فإنه راجع إلى وطء الواحد كما ذكرنا.

ويعني: إن وطئاها في طهر واحد وأتت بولد؛ فالقافة هي التي يميزون مَنْ يُلْحَق به هذا الولد من هذين السيدين الواطئين، فإن ألحقوه بأحدهما؛ لحق به، ولو كان الذي ألحقوه به ذميًّا وشريكه مسلم، أو كان الذي ألحقوه به عبدًا وشريكه حر.

ولا يقال: يغلب المسلم والحر[3]، فيلحق بهما؛ لقوتهما، ولذا غيَّ بـ(لَوْ)؛ لرفع هذا الإيهام، لا أنه أشار بها إلى خلاف في المسألة كما شرط في الخطبة.

وما أظن هذا المعنى يطرد له في[4] كتابه -أعني: الإشارة بـ(لَوْ)- إلى خلاف مذهبي، فإنه قد يأتي بها في محل الوفاق؛ إذ لا أعلم هنا قائلًا بأنه إذا ألحقته[5] القافة بالذمي أو العبد أنه لا يلحق به.

والقافة /: جمع قائف كالباعة والحاكة جمع بائع وحائك، وأظنه من المقلوب؛ [ز:773/أ] إذ أصله قاف؛ لأنه من قفا[6] الأثر يقفوه إذا اتبعه فلامه واو، ثم قلب، فقالوا: قاوف بجعل اللام مكان العين وبالعكس، فوزنه فالع، وعلى هذا المقلوب جمع، وأصل

---

(1) في (ع2): (ذكر).

(2) عبارة (حكم ما إذا وطئاها في طهرين) يقابلها في (ز): (حكم ما إذا وطئ أحدهما كما قدمنا، وهذا الفصل يذكر فيه حكم ما إذا وطئاها معًا في طهرٍ وطئاها في طهرين) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) في جميع النسخ المعتمدة في التحقيق: (والعبد) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) كلمة (في) ساقطة من (ز).

(5) في (ب): (لحقته).

(6) في (ز): (قف).

الجمع قوفة، فقلبت الواو والفاء؛ لتحركها وانفتاح ما قبلها، ونظيره في الصحيح كامل وكمله.

قال في "التنبيهات": والقائف: الذي يعرف الأنساب بالأشباه، وهو عِلْمٌ صحيح[1].

وقوله: (فَإِنْ...) إلى (مُسْلِمٌ) أي: إن قالت القافة: هو ابن للكافر أو العبد؛ كان كافرًا أو عبدًا، ولا شيء فيه[2] للمسلم أو الحر، وإن أشركتهما فيه، فقالت: هو للمسلم، والكافر، أو للحر والعبد؛ فإنه يحكم بإسلامه احتياطًا وتغليبًا للإسلام، وهذا معنى قوله: (فَمُسْلِمٌ)، وسكت المصنف عن الحكم إن أشركت فيه الحر والعبد اتباعًا للمدونة.

وقال ابن يونس: يعتق الولد على الحر؛ لأن نصفه عتق عليه ببنوته، ويقوم عليه نصف العبد، ويغرم ذلك لسيد العبد[3]، ويقوم عليه -أيضًا- نصيب العبد من الأمة، فيصير له نصفها رقيقًا ونصفها بحساب أم الولد.

وقال أصبغ: يكون نصيب الحر من الأمة عتيقًا، ونصيب العبد مقام أم[4] ولد[5] يوقف بيده لا يطؤها ولا يبيعها إلا بإذن سيده.اهـ[6].

وانظر تمام هذه الفروع فيه.

وقوله: (ووالَى...) إلى (إن لم يوجد) يعني إذا أشركت القافة في الولد المسلم والذمي؛ فإنَّه يُحْكَم بإسلامه على كلِّ حال، ولكن للولد إذا بلغ أن يوالي مَنْ شاء منهما.

ولو قال المصنف: (من شاء)؛ لكان[7] أصرح في اختيار الولد من قوله:

(1) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1340/3 و1341.

(2) كلمة (فيه) ساقطة من (ع2).

(3) كلمة (العبد) ساقطة من (ز)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) كلمة (أم) ساقطة من (ب) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(5) في (ع2): (الولد).

(6) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 192/6 و193.

(7) عبارة (ولو قال المصنف: من شاء لكان) ساقطة من (ز).

(**أَحَدَهُما**).

وقوله: (**إِذَا بَلَغَ**) أبين من قوله في "المدونة": إذا كبر، فإن اختار أن يوالي الكافر؛ فهو مسلم ابن كافر[1].

قال ابن يونس: وكذلك إن أشركت فيه حرًّا وعبدًا، فإنَّ الولد لا يكون إلا حرًّا -على ما تقدَّم- وله أن يوالي إذا بلغ مَنْ شاء منهما، فإنْ والى العبد؛ فهو حر ابن عبد، وهذا الذي ذكر من موالاته[2] من شاء منهما إذا بلغ حين تلحقه القافة بالجميع هو مذهب "المدونة".

وكذلك قال عمر رضي الله عنه وسواء كان الآباء أحرارًا أو عبيدًا مسلمين أو كافرين أو مختلفين.

وقال ابن يونس: قال سحنون في "العتبية" عن غير ابن القاسم: إذا بلغ؛ بقي ابنًا لهما، ولا يوالي واحدًا دون آخر، ولا يزول النسب لشهوة الولد، ويكون له نصف بنوة من كل منهما، وكذلك الجواب على قول ابن القاسم: إن قال الولد: لا أوالي[3] واحدًا منهما، أو قال: أواليهما جميعًا.

وقال ابن حبيب عن مُطَرِّف: إن أشركوهما، قيل للقافة: ألحقوه بأصحهما شبهًا، ولا يترك وموالاة[4] من أحب، وقاله ابن نافع وابن الماجِشُون.اهـ[5].

فهي ثلاثة أقوال:

- يوالي من شاء.
- يكون ابنًا لهما.
- يلحق بأصحهما شبهًا.

وزاد اللخمي قولًا رابعًا لابن مسلمة: إنه إن عرف الأول؛ لحق به؛ لأنه كان

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 322/2.

(2) في (ز): (موالاة).

(3) كلمتا (لا أوالي) يقابلهما في (ز): (أوالي) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) في (ز): (موالاة) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 188 و189.

حملًا قبل أن يصيبها الآخر، وإنما غدا ولد غيره، فإن جهل؛ لحق بأكثرهما شبهًا فيما يرى من الرأس والصدر؛ لأنه الغالب.

قال: وقول سحنون أحسن، وليس للولد أن يقطع أبوة من خلق هو من مائِه، وليس أحدهما أحقُّ به من الآخر، وإن أشكل؛ كان كمن أشرك فيه؛ لأنَّ ذلك لا يكون إلا لشبهة[1] كلًّا منهما.

وإن قالا: ليس لواحد منهما؛ دعي غيرهما، فإن لم يوجد؛ لم أحكم به لغيرهما، ولا أشركهما فيه مع إمكان أن يكون ابن أحدهما.اهـ[2].

وقال ابن يونس: إن لم توجد القافة بعد الاجتهاد في طلبها؛ ترك الولد إلى بلوغه فوالى من شاء، كما لو أشركت فيه القافة، أو قالت: ليس لواحدٍ منهما، وقاله بعض علمائنا، وهو أَوْلَى من قول من قال: يوقف حتى توجد القافة.اهـ[3].

وقال -أيضًا- عن سحنون: إنْ قالت ليس لواحد منهما[4]؛ دعي لها آخرون ثم آخرون، وهكذا أبدًا؛ لأَنَّ القافة إنَّما دُعِيَت لتلحق لا لتنفى[5].

وإلى قول ابن يونس: (إن لم توجد القافة) أشار المصنف -والله أعلم- بقوله: (**كَأَنْ لَمْ يُوجَدْ**) أي: إذا أشركت القافة في الولد؛ وإلى بعد بلوغه من شاء من أحد المشتركين، كما يوالي من شاء منهما إن لم توجد القافة.

إلَّا أنَّ الذي وجدت في النسخ (يوجد) بياء الغائب، فإمَّا أن يكون تصحيفًا إن قصد عود الضمير على القافة الذي هو جمع؛ لأن تاء التأنيث تلزم فعل المضمر[6]؛ إذ لا تقول: الرجال قال؛ بل قالت، وإمَّا أن يكون فاعل يوجد[7] ضمير القائف

---

(1) في (ز): (شبهة).

(2) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4072/7 و4073.

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6 /189.

(4) عبارة (وقاله بعض علمائنا... لواحد منهما) ساقطة من (ز).

(5) قول سحنون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 166/13 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 190/6.

(6) في (ز): (الضمير).

(7) كلمتا (فاعل يوجد) يقابلهما في (ع2): (يوجد فاعل) بتقديم وتأخير.

الواحد / الذي يدل عليه الجمع، ويكون -إن صحت نسخة ياء الغائب- إشارة[1] [ز:773ب]
إلى قبول قول القائف الواحد.

قال ابن يونس: قال مالك: والقائف الواحد يُجْزِئ إذا كان عدلًا، ولم يوجد غيره، وقد أجازه عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

ورَوى عنه أشهب أنه لا يجزئ إلا قائفان، كالشهادة[2].

قلتُ: ويؤخذ من حديث عائشة، وما أخبرها به رسول الله ﷺ من قول مجزز المدلجي في أقدام زيد وأسامة، واستبشاره ﷺ بذلك[3]؛ أنه يجزئ القائف الواحد.

فإن قلتَ: لو صحَّ أن يشير مع ياء الغائب إلى قبول القائف الواحد -كما ذكرت- فهلَّا أشار إلى ذلك أولًا، ولم عبَّر بالجمع؛ بل كان يقول: (وإن وطئاها بطهر؛ فالقائف) فلما[4] أتى أولًا بالجمع؛ ترجَّحت التاء ثانيًا.

قلتُ: أتى أولًا بالجمع اقتداءً بنص "المدونة" وغيرها من نصوص الأقدمين، وإشارة[5] إلى أن الأَوْلَى -مع إمكان وجود هذا الجنس- التعدد فيه؛ لتقوى غلبة الظن؛ لأنها من أصلها ضعيفة، فالتعدد أَوْلَى بها.

وأشار ثانيًا -مع تعذر العدد- إلى الاكتفاء بالواحد؛ للضرورة إليه، كما أشار إليه مالك، نعم نقصه التنبيه على عدالته كما شرطه الإمام، وذكر في أقضية "النوادر"

---

(1) في النسخ المعتمدة للتحقيق: (أشار)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 189.

(3) متفق على صحته، روى البخاري في باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبي ﷺ، من كتاب أصحاب النبي ﷺ، في صحيحه: 23/5، برقم (3731).

ومسلم في باب العمل بإلحاق القائف الولد، من كتاب الرضاع، في صحيحه: 1081/2، برقم (1459) كلاهما عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: دَخَلَ عَلَيَّ قَائِفٌ، وَالنَّبِيُّ ﷺ شَاهِدٌ، وَأُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ وَزَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ مُضْطَجِعَانِ، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ. قَالَ: «فَسُرَّ بِذَلِكَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَعْجَبَهُ، فَأَخْبَرَ بِهِ عَائِشَةَ»، وهذا لفظ البخاري.

(4) في (ع2): (فإنما).

(5) في (ز): (وأشار).

خلافًا في قبول القائف الواحد(1).

وقوله: (ووَرِثَاهُ إِنْ ماتَ أَوّلًا) يعني: إن أشركت القافة في الولد، ومات قبل بلوغه وموالاته من شاء؛ فإن أبويه يرثانه معًا.

وقوله: (أَوّلًا) أي: قبل الموالاة، يدل عليه ما قبله، ولا تخلو عبارته من قلق؛ لاحتمال أن يكون قوله: (أَوّلًا) أي: قبل أبويه، ولو مات بعد بلوغه وموالاته أحدهما، وليس كذلك.

ونصُّ المسألة بكمالها من "المدونة": وإذا كانت أمة بين حرين(2) أو عبدين، أو أحدهما عبد، أو ذمي والآخر مسلم، فوطئاها في طهرٍ واحدٍ، فأتت بولد فادَّعياه؛ دُعي له القافة، فمَنْ ألحقوه به كان بسبيله، وإن أشركوهما فيه والى إذا كبر أيهما شاء، فإن والى الذمي؛ لحِقَ به، ولم يكن الولد إلا مسلمًا، وإن مات الولد قبل الموالاة عن مال؛ فهو للأبوين نصفان.اهـ(3).

وأصل العمل بالقافة ما في "الصحيح" من حديث عائشة رضي الله عنها، قَالَتْ: إِنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم دَخَلَ عَلَيَّ مَسْرُورًا، تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقَالَ: "أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ مُجَزِّزًا نَظَرَ آنِفًا إِلَى زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ وَأُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ».اهـ(4).

وقد كان الكفار طعنوا في نسبهما، فسرَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ردَّ قولهم على أصولهم، فلولا أنَّ القافة حقٌّ يُعمل بها؛ لما سرَّ بها رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ إذ لا يسره الباطل، وقضى بها عمر وغيره من السلف رضي الله عنهم إلا أن مقتضى الدليل العمل بها في الحرائر والإماء، كما ذهب إليه مخالفنا، ومشهور مذهب مالك أنها لا يعمل بها إلا في الإماء بوطء الملك.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 163/13.

(2) في (ز): (رجلين) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2 /322.

(4) متفق على صحته، رواه البخاري في باب القائف، من كتاب الفرائض، في صحيحه: 157/8، برقم (6770).

ومسلم في باب العمل بإلحاق القائف الولد، من كتاب الرضاع، في صحيحه: 1081/2، برقم (1459) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها، وهذا لفظ البخاري.

قال ابن يونس: قال مالك: وإنما القافة في ولد من وطء مالكين، ولا لعان في وطء برق، وإنما اللعان بين الأزواج، وإذا كان الولد من وطء زوجين؛ فالولد للأول؛ إلا أن ينكح بعد حيضة؛ فهو للآخر، إن وضعته لستة أشهر فأكثر.

ثم قال بعد هذا: وسئل أبو عمران لِمَ خصت بالإماء دون الحرائر في المشهور من قول مالك؟

فقال: لأَنَّ القافة إنما يُحْكَم بها مع تساوي الفراشين، وهذا[1] إنما يوجد في الإماء؛ لأنَّ الأمة قد تكون بين جماعة فيطؤونها في طُهْرٍ واحد، فقد تساوَوْا في الوطء والملك، وكذلك ما حكم فيه عمر رضي الله عنه بالقافة في وطء الزنا في الجاهلية؛ لتساوي الواطئين في الزنا، وليس أحدهما أقوى من الآخر، وكذلك الأمة إذا باعها رجل من رجل وقد وطئاها في طهر واحد؛ لأنهما استويا في الوطء والملك.

والحرة لا تكون زوجًا لاثنين في حال واحدة.

ثم قال: وأيضًا ولد الحرة لا يُنْفَى إلا بلعان، وولد الأمة يُنْفَى بغير لعان فافترقا، والنفي بالقافة ضَرْب من الاجتهاد، فلا يُنْقَل ولد الحرة عن اليقين به، ولما نُفِي ولد الأمة بالدعوى؛ نُفِي بالقافة.

وأما ما رُوي عن مالك أن القافة في الحرائر كالإماء؛ فإنَّما ذلك لصحة علمهم[2]، فوجب استواء الحرائر فيه / والإماء. [ز:774/أ]

قال ابن يونس: وهذا أقيس، والأول أحوط.اهـ[3].

وقوله في "المدونة": فادَّعياه؛ ليس بشرط، وكذا إن ادَّعاه أحدهما، أو لم يدعياه؛ لإقرارهما بالوطء، والمقر به يلزمه الولد؛ إلَّا أنْ يدَّعي استبراء، فعبارة المصنف أشمل.

وانظر هل يكون قوله: القافة دليلًا على أنه لا يكتفى بواحد، وانظر قوله: (والى من شاء) هل هو إلى اختياره، أو هو مطلوب به؟

---

(1) في جمع النسخ المعتمدة في التحقيق: (وهما) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(2) في (ب): (عملهم) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 188، وما بعدها.

وظاهر نصوصهم أنه إلى اختياره، وله أن يواليهما جميعًا، حكاه ابن يونس عن ابن القاسم[1].

وقوله في المال: (إنه بينهما) قال ابن يونس عن ابن الماجشون: إنه بالتدَّاعي، كما تداعاه اثنان.

وقال غيره: بالميراث، وفيه نظر؛ لأنه ميراث بالشك، وانظر كلام ابن يونس في هذا الباب فإنه جامع حسن[2].

وتعقب عبد الحق على البراذعي هذه المسألة بأنَّه ذكر أنَّ المال بين الأبوين، وقد قدَّم[3] فيهما الحر والذمي، وهما لا يرثان.

قال: وإنما في الأم استبراؤهما مع غيرهما في حكم القافة خاصة، وتكلَّم طويلًا، ثم استأنف سؤالًا عن المال، فأجاب بأنه بينهما، وهذا إن لم يكن أحدهما عبدًا أو ذميًّا. انتهى مختصرًا.

قلتُ: وهذا القيد ليس[4] في الأمهات، وكلام الأم وإن طال ككلام البراذعي، فلا تعقيب على البراذعي، وإنما أطلق في الأم، وفي "التهذيب"؛ إمَّا لأنَّ قسمة المال بينهما من باب التداعي، كما قال ابن الماجشون، وإمَّا لأن عدم ميراث العبد والكافر من المسلم معلوم من قواعد الشرع، فاكتفيا بالإطلاق.

وَحَرُمَتْ عَلَى مُرْتَدٍّ أُمُّ وَلَدِهِ حَتَّى يُسْلِمَ، وَوُقِفَتْ كَمُدَبَّرِهِ إِنْ فَرَّ لِدَارِ الحَرْبِ

يعني أن المسلم إذا ارتدَّ -والعياذ بالله- فإنَّ أم ولده يحرم عليه وطؤها حتى يراجع الإسلام، فيحل له وطؤها، أو يقتل فتعتق، هذا معنى قوله: (**حَرُمَتْ عليه**)؛ إذ لم يبق له ما يحرم عليه فيها إلا ذلك، وأمَّا الخدمة اليسيرة فهي تابعة للوطء.

وقوله: (**ووُقِفَتْ...**) إلى آخره أي: إنْ ارتدَّ وفرَّ إلى دار الحرب؛ وقفت كما

(1) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 189/6.

(2) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 190/6.

(3) في (ز): (تقدَّم).

(4) كلمة (ليس) ساقطة من (ز).

يوقف مدبره إن كان له حتى يسلم فيعودان له كما يعود له جميع ماله، أو يموت على ردَّته، فتعتق أم الولد من رأس المال[1]، والمدبَّر من الثلث.

ولا يقال: إنه لما لَحِق بدار الحرب يعجل[2] عليه عتقهما، ولا يوقفان لعدم التمكن من استتابته؛ بل يوقفان، وإن فرَّ لدار الحرب كما يوقفان إن بَقِيَ مع المسلمين.

قال في "المدونة": ومن ارتدَّ ولحق بدار[3] الحرب، أو أُسِر فتنصر بها؛ وقف ماله، وأم ولده ومدبروه، وتحرم على المرتد أم ولده في ردته حتى يسلم، وأما النكاح؛ فتنقطع عصمته بارتداده، فإن قدم فأسلم؛ رجعت إليه أم ولده ومدبروه[4]، وعاد إليه ماله ورقيقه، وإن قُتل على ردَّته؛ عتقت أم ولده من رأس ماله، وعتق مدبروه في الثلث، وتسقط وصاياه، ويكون ماله لجميع المسلمين.اهـ[5].

ووقفها كأحد القولين في أم ولد الذمي تُسلم.

وقال ابن المواز عن أشهب: تعتق عليه بارتداده، كما تطلق زوجته[6].

قال ابن يونس: وهو أقيس من أصلهم إن حرم وطء أم الولد عتقت؛ إذ لا خدمة فيها، كالنصراني تسلم أم ولده، فإن مالكًا ثبت على أنها تعتق إذا حرم وطؤها، والردة أشد، ولذا كان مَنْ أسلمت زوجته أملك بها إن أسلم في عدتها.

ومن ارتدَّ؛ انقطعت عصمته، ولأن المرتدَّ أدخلَ ذلك على نفسه، فيكون أشد، والنصراني لم يوجب فراقًا ولا غَيَّرَ حُكمها، فيكون أخف.

ويمكن أن يفرَّق لابن القاسم بين أم ولد النصراني تسلم، وأم ولد[7] المرتد؛ أن

---

(1) عبارة (وقفت كما يوقف مدبره... رأس المال) ساقطة من (ز).

(2) ما يقابل كلمة (يعجل) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(3) كلمتا (ولحق بدار) يقابلهما في (ب) و(ع2): (فلحق بأرض) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) كلمة (ومدبروه) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 313.

(6) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 137/13.

(7) عبارة (النصراني تسلم وأم ولد) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

النصراني لا يجبر على الإسلام، فلو وقفت أم ولده[1] على إسلامه؛ لكان ضررًا عليها؛ إذ لا غاية لذلك تنتظر، ولا منفعة له فيها اليوم فتعتق، والمرتد يستتاب في مدة قليلة، فإنْ[2] تاب وإلا قُتل؛ فلا ضرر على أم ولده في وقفها في[3] هذا الزمن القليل لأحد الأمرين.اهـ[4].

وقال اللخمي: جعلها أشهب حرة بنفس الردة، وقال هو وعبد الملك في الزوجة: إنها تكون في العدة، فإن لم يتب حتى انقضت العدة[5]؛ بانت، والطلاق من يوم ارتدَّ، فإِنْ أسلم قبل انقضائها؛ بَقِيَت زوجة كما كانت من غير طلاق، فعلى هذا تكون هذه في الاستبراء، فإن رجع قبل حيضة؛ لم تحرم، وإن غفل عنه حتى خرجت من الحيضة؛ حرمت وكانت حرة من يوم ارتدَّ، وهو قول ابن عبد الحكم في كتاب ابن حبيب في أم ولد النصراني تُسْلِم دونه.

وإن لحق المرتد بدار الحرب، فقال ابن القاسم ما تقدَّم.

وعلى قول / أشهب هي[6] حرة الآن، وعلى قوله وقول عبد الملك حتى تخرج من الحيضة، وقول ابن القاسم في الحاضر أحسن. [ز:774ب]

والعتق على مَنْ بدار الحرب أحسن؛ للطول وعدم الوصول إلى استتابته، ولما منع نفسه مما بقي له[7] من استمتاع، ولم تُرْجَ عودته عن قُرْبٍ؛ كان للحاكم عتقها الآن، كأم ولد المسلم يحرم عليه وطؤها؛ إذ لا منفعة في وقفها، ولأَنَّ لبيت المال شبهة في ماله بارتداده، وقد تأتي النفقة عليها على ماله وفيه ضرر على المسلمين، وعليها في الإيقاف ولا منفعة له هو في ذلك، وإن لم يخلف ما ينفق عليها؛ عجل

---

(1) كلمة (ولده) ساقطة من (ز).

(2) في (ز): (فإمَّا) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(3) قوله: (في) ساقط من (ع2).

(4) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **161/6**.

(5) كلمة (العدة) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(6) كلمة (هي) ساقطة من (ز).

(7) في (ز): (فيها).

عتقها قولًا واحدًا.اهـ[1].

والنفقة على أم ولد المرتد ومدبريه وعبيده من ماله، ولا نفقة لولده؛ لأنها عليهم مواساة، وليس له ما يواسي به، وليس في قوله في "المدونة": (وتحرم أم ولد المرتد عليه) ما يدل على أنه مخاطب بالفروع؛ لأنَّ الخطاب للمسلمين أن يمنعوه، ولها أيضًا؛ لأنَّه إذا حرم عليها حرمت عليه، وإنما عتقت أم ولد المرتد من رأس ماله ومدبره من ثلثه؛ لأنه أمر عَقَدَه في إسلامه ولم يكن يستطيع نقضه وبطلت وصاياه؛ لأنَّه كان يستطيع ردها وهو مسلم، فكأنه أوصى بها وهو مرتد؛ إذ كان قادرًا على الرجوع، ووصيته في ردته لا تجوز؛ لحجبه عن ماله حتى يسلم[2]، وبهذا يندفع الاعتراض بأن[3] المرتد لا ثلث له يعتق فيه[4] المدبر.

قلتُ: وكذا يقال: لا مال له تعتق أم ولده من رأسه، إلَّا أن هذه لمَّا لَمْ يبقَ له[5] فيها غير المتعة وقد تركها بردَّته اختيارًا؛ لم يبقَ إلا عتقها؛ لأَنَّ المتعة لا تورث، وأيضًا لو لم يكن ذلك؛ لنقض الإيلاد والتدبير وهما لا ينقضان.

ولا تَجُوزُ كِتَابَتُها وعَتَقَتْ إِنْ أَدَّتْ

يعني أنَّ أم الولد لمَّا[6] لم يبقَ لسيدها فيها إلا المتعة؛ لم يجز له أن يكاتبها؛ لأَنَّ الكتابة من باب الاستسعاء[7]، والاستخدام، وبيع العبد من نفسه، وهذه الأشياء لا تجوز للسيد في أم الولد[8] كما تقدَّم؛ فلا تجوز له كتابتها.

---

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4051/7 و4052.

(2) من قوله: (وإنما عتقت أم ولد) إلى قوله: (ماله حتى يسلم) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 161/6 و162.

(3) في (ز): (لأنَّ).

(4) كلمة (فيه) ساقطة من (ز).

(5) عبارة (هذه لمَّا لَمْ يبقَ له) يقابلها في (ز): (هذا لما لم يتولد).

(6) كلمة (لمَّا) ساقطة من (ز).

(7) في (ز): (الاستمتاع) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(8) في (ب) و(ع2): (ولد).

وإن وقعت؛ لم تمضِ وفسخت؛ إلَّا إذا فاتت بالأداء والعتق؛ فإنها تمضي ولا يرد عتقها؛ لتبقى أم ولد، كما تقدَّم فيما إذا بيعت وأعتقها المبتاع، وإلى هذا أشار بقوله: (وعَتَقَتْ إِنْ أَدَّتْ)، والأنسب لذكر هذه المسألة عند قوله: (وجازَ بِرِضاها إِجارَتُها).

قال في "المدونة": وليس للرجل أن يُكاتب أم ولده، وإنما يجوز أن يعتقها على مال يتعجله منها، فإن كاتبها؛ فسخت الكتابة؛ إلا أن تفوت بالأداء فتعتق، ولا ترجع فيما أدَّت؛ إذ كان للسيد انتزاع مالها ما لم يمرض.اهـ[1].

وقد تقدَّم كثير من هذا المعنى، وظاهره رضيت أم لا.

وقال اللخمي: معناه بغير رضاها؛ لأنها لا سعاية عليها، ففارقت[2] جبر العبد على مثل خراجه، فإن رضيت؛ جاز، قاله الأبهري، وهو[3] أحد أقوال مالك في إجارتها.

وإذا جازت إجارتها برضاها[4]؛ فالكتابة أجوز؛ لأنها تستعجل بذلك عتقها، فإن أجبرها[5] وأدت؛ عتقت ولم ترد.

وإن علم بذلك قبل الوفاء، واختارت التمادي؛ لم تمنع، وإن علم قبل الأداء؛ منع من كلها، وإن قاطعها على مال إن أتت به عتقت؛ فكالكتابة، فإن مات السيد قبل الوفاء بالكتابة أو القطاعة؛ فحرة للإيلاد، وسقطت الكتابة والقطاعة.اهـ[6].

وقال في "التنبيهات" -بعد أن ذكر تأويل اللخمي-: ويدل عليه قوله في الكتاب: إن أعتقها على دَيْن بغير رضاها؛ لم يجز، ولا بأس به برضاها، إنما هي كامرأة خالعها

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 314/2.

(2) في (ز): (وفارقت).

(3) في (ب): (وهذا).

(4) كلمة (برضاها) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) في (ز): (أجرها) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(6) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4055/7، وما تخلله من قول الأبهري فهو في مخطوط جوته لشرح الأبهري على مختصر ابن عبد الحكم [127/ب].

زوجها بدين عليها، فأم الولد مثلها.اهـ[1].

وحمله عبد الحق في "التهذيب" على ظاهره، وأنه ليس له ذلك وإن رضيت.

فإن قيل: لِمَ لا يجوز برضاها، وهي إن أدَّت في حياته عتقت، وإلا كانت أم ولد تعتق بموته؟

قيل: لأنها معاوضة بينها وبين سيدها، ففيها غرر[2].

قلتُ: وفيه نظر؛ لأَنَّ مثل هذا الغرر لا ينبغي أن يمتنع في الكتابة؛ لتشوف الشرع إلى استعجال العتق، كما تقدَّم في كتابة المدبَّر؛ إلا أن يقال: المدبَّر يُسْتَخْدَم فلم تزده الكتابة إلا خيرًا، بخلاف أم الولد.

وقال ابن يونس في قوله: (ولا ترجع بما أدَّت) قال بعض فقهائنا: ولو كاتبها في مرضه ودفعت إليه شيئًا؛ فينبغي أن ترجع بذلك عليه، / وتطلب تركته إن مات بذلك. [ز:775/أ]

قال: وأعرف لسحنون فيمن أعتق بعض عبده، ثم أخذ[3] من العبد مالًا، وأعتق باقيه؛ أنه يرد المال، ولو مات؛ كان ذلك في تركته يطلبه به العبد؛ فكذلك مسألة أم الولد.اهـ[4].

وقال بعضهم: لو أعتقها على أن يكون الولد عنده؛ لزم العتق، ولا ينزع[5] الولد بخلاف الحر يخالع على أن يكون الولد عنده؛ لأَنَّ أم الولد التزمت[6] ذلك في حال يملك عليها سيدها الجبر.

وقيل: إن ذلك يلزمها كالحرة[7].

---

(1) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1317/3.

(2) التقييد، لأبي الحسن الزرويلي: 136/1.

(3) في (ز): (أعتق) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6 /165.

(5) في (ز): (ينتزع).

(6) في (ز): (ألزمتها).

(7) من قوله: (وقال بعضهم: لو أعتقها) إلى قوله: (يلزمها كالحرة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 63/5 والمنتقى، للباجي: 158/8.

فَصْلٌ [في الولاء]

الوَلاءُ لِمُعْتِقٍ وإِنْ بِبَيْعٍ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ عِتْقِ غَيْرٍ عَنْهُ بِلا إِذْنٍ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ سَيِّدُهُ بِعِتْقِهِ إِلّا كافِرًا أَعْتَقَ مُسْلِمًا[1]، ورَقِيقًا إِنْ كانَ يُنْتَزَعُ مالُهُ

هذا باب الولاء، وكان من حقه أن يذكره مع الفرائض، كفعل[2] المتقدمين "كالمدونة" وغيرها في قولهم في الولاء والميراث، وكثير من المتأخرين.

لا يقال: تبع في هذا ابن شاس وابن الحاجب؛ لأنهما إنما ذَكَرَاه في كتاب العتق، والسبب في ذكرهما له هناك أنهما تحدَّثا في خواص العتق وهو منها.

وأما المؤلف فإنما ذَكَرَه بعد الفراغ من مباحث العبيد كلها.

ووجه ما فعل أن العتق وما آل إليه من عقود[3] العتق سببٌ في الولاء، فأخَّر ذكره عن جميع تلك الأبواب؛ لاشتراكهما في سببيته، وعقبها بذكره كتأخير المسبب عن السبب[4] وتعقيبه إياه؛ ولذا جعله فصلًا لا بابًا؛ إشعارًا بأنه ناشئ عما تقدَّم.

والوَلاء والوَلاية -بفتح الواو فيهما- من العتق والنسب، وأصله [مِن][5] الولي، [وهو][6] القرب، والوِلاية -بالكسر-: الإمارة، والولاء -بالكسر-[7]: الترتيب.

وقيل: يقال فيهما بالوجهين معًا.

والمولى يستعمل للولي، والناصر، والرب، والمالك، وابن العم، والقريب، والعاصب، والحليف، والقائم بالأمر، والناظر لليتيم وللملوك، وللأحق بالشيء[8]،

(1) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (أَوْ لَمْ يَعْلَمْ سَيِّدُهُ بِعِتْقِهِ حَتَّى عَتَقَ، إلّا كَافِرًا أَعْتَقَ مُسْلِمًا).

(2) في (ز): (كقول).

(3) كلمتا (من عقود) يقابلهما في (ز): (وعقود).

(4) كلمتا (عن السبب) ساقطتان من (ز).

(5) كلمة (من) زائدة من تنبيهات عياض.

(6) كلمة (وهو) زائدة من تنبيهات عياض.

(7) عبارة (الإمارة والولاء بالكسر) ساقطة من (ب).

(8) من قوله: (والوَلاء والوَلاية) إلى قوله: (وللأحق بالشيء) بنحوه في التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1345/3.

ومنه: ﴿مَأْوَىٰكُمُ ٱلنَّارُ ۖ هِىَ مَوْلَىٰكُمْ...﴾ [البقرة:275]؛ أي: الأحق بكم.

والصهر، والجار، والمولى في الدين، والمعتِق والمعتَق وأبنائهما، والنافع والمليك، إلَّا أن معناه: المالك فيرجع إليه، وكذا بعض هذه المعاني قد تتداخل مع بعض، ولمْ أرَ من حدَّ حقيقته شرعًا.

ويمكن أن يرسم بأنه اتصال كالنسب نشأ عن عتق يفيد المعتِق وراثة العصوبة عند عدمها من النسب، ويفيد ولاية النكاح والحضانة وحمل العقل من الجانبين، فقولنا: اتصال كالنسب، إشارة إلى قوله ﷺ: «**الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ**»(1) وإلى لزومه وأنه لا ينتقل.

وفي "الصحيح" من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه ﷺ: «**نَهَى عَنْ بَيْعِ الوَلَاءِ، وَهِبَتِهِ**»(2).

وقولنا: (يفيد المعتِق) -بكسر التاء- أي: المنْعِم بالعتق، وهذا -أيضًا- لما في "الموطأ" و"الصحيحين" وغيرهما من حديث بريرة، وقوله ﷺ فيه: «**إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»(3)، والكلام على الحديثين محله كتب شراح الحديث.

وقولنا: (ويفيد ولاية النكاح...) إلى آخره هذه الأحكام لا تختص بالمولى(4)

---

(1) صحيح لغيره، رواه ابن حبان في باب البيع المنهي عنه، من كتاب البيوع، في صحيحه: 325/11، برقم (4950).

والبيهقي في باب من أعتق مملوكًا له، من كتاب الولاء، في سننه الكبرى: 494/10، برقم (21433) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(2) تقدم تخريجه في باب الكتابة. انظر النص المحقق: 9/ 397.

(3) متفق على صحته، رواه مالك في باب مصير الولاء لمن أعتق، من كتاب العتاقة، والولاء، في موطئه: 1134/5، برقم (619).

والبخاري في باب الصدقة على موالي أزواج النبي ﷺ، من كتاب الزكاة، في صحيحه: 128/2، برقم (1493).

ومسلم في باب إنما الولاء لمن أعتق، من كتاب العتق، في صحيحه: 1141/2، برقم (1504) جميعهم عن عائشة رضي الله عنها.

(4) في (ز): (بالولاء).

الأعلى؛ بل تكون له وللأسفل على المختار من القولين، وهو صريح "المدونة" في الحضانة، وأحد التأويلين عليها في النكاح.

فقوله: (**الوَلَاءُ**) يريد: الميراث بالولاء لمعتِق -بكسر التاء- أي: المنعِم بالعتق-؛ لقوله ﷺ: «**الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**».

وقوله: (**وإِنْ بِبَيْعِ مِنْ نَفْسِهِ**) يعني: أن كل من زال[1] ملكه عن رقيق بالحرية -تخفيفًا أو تقديرًا على أي وجه كان-؛ فالولاء له، وإن كان ذلك العتق ببيع السيد العبد من نفس العبد بكتابته إياه، أو بقطاعته، أو بقوله: (أنت حر على أنَّ عليك ألفًا) أو بغير ذلك؛ لأنه يصدق أن ملك السيد زال عنه بالحرية.

قال في الولاء والمواريث من "المدونة": ومَنْ جعل مالًا لرجل نقدًا أو مؤجلًا على تعجيل عتق عبده، أو تعجيل عتق مدبره ففعل؛ جاز، ولزمه المال، والولاء للذي أعتق وأخذ المال.اهـ[2].

فلفظة (**مِن**) تشمل العبد وغيره، والظاهر أن ضمير (**نَفْسِهِ**) عائدٌ على العبد كما شرحناه.

وإنما غيَّ المصنف؛ لئلا يقال: إنه لما أخذ عن العتق مالًا[3]؛ لم يكن الولاء له، فقال: بل يكون له، وإن فعل ذلك؛ لأنه إن كان العبد هو الدافع، فالسيد قادر على انتزاع ما دفع، وبقاء / العبد رقًّا، وإن كان غيره فهو إنما أعطى على أن ينشئ فيه سيده الحرية لا ليملكه المعطي، فالمعتق هو المالك تحقيقًا على التقديرين. [ز:775ب]

وقوله: (**أَوْ عِتْقٍ**...) إلى (**إِذْنٍ**) يعني: أو كان العتق الحاصل للمعتق بأن أعتق غيره (**عنه**)[4] بلا إذن من المعتق[5] عنه، وهذا من إعتاق المالك تقديرًا؛ لأنه لما أعتق عنه قدَّرنا أنه ملكه إياه بشرط العتق، قاله ابن رشد[6].

---

(1) ما يقابل كلمة (زال) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 329/2.

(3) كلمة (مالًا) ساقطة من (ز).

(4) كلمة (عنه) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(5) ما يقابل كلمة (المعتق) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(6) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 83/15.

فقوله: (أَوْ عِتْقٍ) معطوف على (بِبَيْعٍ) فهو داخلٌ في الإغياء، وغيَّ به أيضًا؛ لأنه يرفع إيهام أن يقال: إذا لم يأذن له فمتى تسبب[1] المعتق عنه في الحرية؛ إذ لعله لا يرضى لو استأذنه، فيقال: لا يحتاج إلى إذنه في ذلك؛ بل[2] ظاهره وإن كره ذلك.

قال عبد الحق: لأنه أمرٌ قد يثبت فيه الحق لعقبه وغيرهم ممن يدور إليه الولاء، فليس له أن ينقض حقًا يثبت لغيره، ففارق ذلك هبة المال وصدقته في مراعاة قبول الموهوب، والمتصَدَّق عليه.اهـ[3].

وذهب أبو حنيفة إلى أن الولاء للمعتق أمره المعتق عنه[4] أم لا.

وذهب الشافعي إلى أنه للمعتق عنه إن أَمَرَه، وإلا فللمعتق.

قال ابن يونس: وحجتنا على الجميع إعتاق عائشة عن عبد الرحمن بعد موته، وكان الولاء لمن يرثه عنه[5].

ونصُّ هذه المسألة في أول الولاء من "التهذيب": ومن أعتق عبدًا عن رجل حي أو ميت، بأمره أو بغير أمره؛ فالولاء للمعتق عنه، وميراثه له؛ لأن من أعتق سائبة لله فولاؤهم للمسلمين، وعليهم العقل ولهم الميراث.

ومعنى السائبة: كأنه أعتق عن المسلمين[6].

وقوله: (لأن من أعتق...) إلى آخره هو من كلام سحنون؛ للاحتجاج بالمسألة المجمع عليها على ما إذا أعتق عن معين؛ إذ لا فرق، ولهذا أجرى اللخمي الخلاف في العتق عن معين أن الولاء للمعتق من الخلاف في السائبة -كما سيأتي- وبه يبطل دعوى الإجماع في السائبة.

فإن قلتَ: كان حق المصنف أن يقول: (وإن لم يأذن)؛ ليفيد[7] أن الحكم كذلك

---

(1) ما يقابل كلمتي (فمتى تسبب) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(2) كلمة (بل) ساقطة من (ز).

(3) النكت والفروق، لعبد الحق الصقلي: 344/1.

(4) كلمة (عنه) ساقطة من (ز).

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 213/6.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 328/2.

(7) في (ز): (ليبين).

إن أذن، ولفظه هو يُوهم قصور الحكم على نفي الإذن.

قلتُ: إذا كان الولاء له وإن لم يأذن، فأحرى إن أذن، فهو من مفهوم الموافقة.

وأيضًا فإن قوله: (بلا إذن) صفة لعتق، أو حال من المجرور بـ(غَيْر)، وعلى كل تقدير؛ فهو من تمام المعطوف المغيَّ به، فيدخل[1] في الإغياء.

ولفظه -أيضًا- يتناول ما[2] ذكره ولم يأذن، أو لم تظهر منه كراهية ولا إذن.

ولو قال: (بلا علم ولا رضا) كان أشمل.

وقوله: (**أَوْ لَمْ يَعْلَمْ سَيِّدُهُ بِعِتْقِهِ**) هذا -أيضًا- من المغيَّ به، ومعناه أنَّ العبد إذا أعتق عبده ولم يعلم السيد الأعلى به حتى أعتق المعتق؛ فإن ولاء العبد المعتق أولًا للذي أعتقه لا للسيد الأعلى.

ووجه الإغياء -أيضًا- رَدُّ توهم أن يقال: إن السيد لمَّا كان له رد عتق عبده، فكأن العبد أعتق ملك غيره؛ فالولاء للمالك حقيقة.

والجواب على ما ذكر بعضهم أنَّ السيد لو ردَّه إنما يرده لملك العبد، فهو مال له، والعبد إذا أعتق يتبعه ماله.

وإنما كان عتقه موقوفًا على إجازة السيد حين كان له أخذ مال عبده، والآن ليس له أخذه.

قلتُ: وهذا هو تعليل الأم، قال فيها: لأنَّ العبد حين أعتقه سيده تبعه ماله، فجاز عتقه لسيده[3]، وكان له ولاؤه.اهـ[4].

وفي قول الأول: إنما يرده[5] لملك العبد نظر؛ لأنَّ له أن يرد الملك[6] نفسه، ولهذا إنما يتم هذا الحكم إذا لم يستثن السيد الأعلى حين أعتق عبده ماله، وأما لو

---

(1) عبارة (إن أذن فهو... به فيدخل) ساقطة من (ز).

(2) قوله: (يتناول ما) يقابله في (ز): (يتناول أيضًا ما).

(3) في (ز): (لسيد).

(4) المدونة (السعادة/صادر): 353/3 و354.

(5) ما يقابل كلمة (يرده) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(6) كلمتا (يرد الملك) يقابلهما في (ز): (يؤده لملك).

استثنى؛ فإنه يرد العتق ورق[1] للسيد نص عليه في "المدونة"[2].

وكان حق المؤلف أن يُنبِّه على هذا، فيقول: إلا المستثنى ماله أو نحو ذلك، وهي تشبه مسألة ما إذا أعطى العبد مالًا لرجل، وقال له: اشتري لنفسك، فاشتراه؛ فإن المشتري إن لم يستثن مال العبد غرم الثمن ثانيًا.

وفي كلام المؤلف حذف يقتضيه المعنى، تقديره: حتى عتق، والضمير المخفوض بـ(سَيِّدُهُ) عائد على المعتق في قوله: (الولاءُ لِمُعْتِقٍ)، والمخفوض بـ(عِتْقٍ) إمَّا له -أيضًا وهو الظاهر-، أو للعبد الأسفل، ونصها في "التهذيب" بعد أن ذكر أنه لا يجوز للمكاتب، ولا للعبد عتق بغير إذن السيد: وإن لم يعلم بذلك -يعني: أعتقا ولم يعلم سيدهما حتى عتقا-؛ مضى ذلك وكان الولاء لهما، وانظر تمامها فيه[3].

وزاد ابن المواز: وعلم فلم يرد ولم يرضى؛ مضى ذلك، وكان الولاء[4] للعبد[5].

قال اللخمي: وقال ابن الماجشون: الولاء للسيد الأعلى، نقل هذا عن / [ز:776/أ] اللخمي في التقييد على "المدونة" المنسوب للشيخ أبي الحسن الصغير[6].

ورأيت في نسخة من اللخمي: واختلف إذا علم بعتقه فلم يجز ولم يرد حتى أعتقه، فقال في كتاب محمد: الولاء للسيد الأعلى[7].

ولعله سقط القول الآخر من تلك النسخة، ونقل الخلاف أيضًا ابن عبد السلام ولم يعين ابن الماجشون[8]، وكان حق المؤلف أن ينبه على ما في كتاب

---

(1) في (ب) و(ع2): (ويرد)، وما أثبتناه موافق لما في المدونة.

(2) المدونة (السعادة/صادر): 353/3 و354.

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 331/2.

(4) عبارة (لهما، وانظر تمامها... وكان الولاء) ساقطة من (ز).

(5) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 246/13.

(6) التقييد، لأبي الحسن الزرويلي: 109/11.

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4109/8.

(8) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 139/17.

محمد[1]، ويظهر من نقل[2] "النوادر" أنه متفق عليه.

وقوله: (**إلا كافِرًا أعْتَقَ مُسْلِمًا**) يعني: الولاء على ما تقدَّم لكل معتِق[3]، ولو في ما نصَّ عليه، إلا إذا كان المعتِق كافرًا أعتق في حال كفره مسلمًا؛ فإن ولاء المسلم لا يكون للكافر المعتِق أبدًا ولو أسلم؛ لأنه حين أعتقه لا يكافئه، والوصلة الموجبة للولاء إنما تعتبر حين العتق؛ إذ الولاء لمن أعتق ومن أعتق حين العتق ليس بصفة من يثبت له الولاء على المسلم؛ لكفره؛ إذ «**لا يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ**»[4]، فلا يثبت له بإسلامه[5] بعد، بخلاف ما إذا أعتق الكافر مثله ثم أسلم المعتق؛ فإن الولاء يعود للسيد بإسلامه، كما سيأتي؛ لتكافئهما حين العتق.

ونص مسألة المؤلف في الولاء من "التهذيب": وإنْ كان العبد يوم عقد له العتق مسلمًا، فأعتقه بتلًا، أو إلى أجل، أو كاتبه[6] ثم أسلم السيد قبل الأجل، وقبل أداء الكتابة، أو بعد ذلك؛ فإنَّ ولاء العبد إذا أعتق[7] لجميع المسلمين دون السيد.

وقال قبل[8] هذا: وإذا أعتق نصراني من العرب، أو[9] من غير العرب عبيدًا له قد أسلموا، أو ابتاع مسلمًا فأعتقه؛ فولاء العبيد[10] وميراثهم لجميع المسلمين دون السيد، ودون ورثته المسلمين، ولو أسلم السيد بعد ذلك؛ لم يرجع

---

(1) عبارة (الولاء للسيد الأعلى... كتاب محمد) ساقطة من (ز).

(2) كلمة (نقل) زيادة انفردت بها (ز).

(3) في (ز): (عتق).

(4) روى البخاري في باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، من كتاب الفرائض، في صحيحه: 156/8، برقم:(6764).

ومسلم في أول كتاب الفرائض، في صحيحه: 1233/3، برقم:(1614) كلاهما عن أسامة بن زيد رضي الله عنهما، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لاَ يَرِثُ المُسْلِمُ الكَافِرَ وَلاَ الكَافِرُ المُسْلِمَ»، وهذا لفظ البخاري.

(5) كلمتا (له بإسلامه) يقابلهما في (ز): (لإسلامه).

(6) كلمتا (أو كاتبه) يقابلهما في (ز): (وكاتبه) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(7) في (ب) و(ع2): (عتق) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(8) في (ز): (بعد) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(9) كلمة (أو) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(10) في (ب): (العبد) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

إليه ولاؤهم[1].

فإن قلتَ: مقتضى ما ذكر مِنْ أنَّ شرط الولاء حصول التكافؤ بين السيد وعبده حال العتق؛ أن لا[2] يثبت الولاء للمسلم إذا أعتق كافرًا؛ إذ لا توارث بينهما مع أنه قال في "المدونة": وإذا أعتق المسلم نصرانيًّا فله ولاؤه.

قلتُ: لأنَّ المسلم يصح له ملك الكافر؛ إذ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، ومعنى قوله: (فله ولاؤه إن أسلم النصراني) أو ما يجر له من ولاء أقاربه المسلمين، وأما ماله -إن مات كافرًا- فلا يرثه معتقه؛ لاختلاف الدينين، ويرثه ورثته من أهل دينه، فإن لم يكن له وارث منهم؛ فهو لبيت مال المسلمين، كذا ذكر في "المدونة"[3]، وفيه اختلاف، انظر ابن يونس[4] و"النوادر[5]"، وفي باب الفرائض شيء منه.

وقال اللخمي: القياس أن يعود إليه إذا أسلم ويجره لولده؛ لأَنَّ العتق كالنسب، والولاء لمن أعتق[6].

قال ابن يونس: وقال أبو إسحاق: وقيل: يرجع إليه إن أسلم، ذكره في كتاب محمد؛ لأنَّ الولاء يثبت عنده لصحة الملك، وإنما منع من ميراثه؛ لاختلاف الدينين[7]، وهذا معتق، وتأمَّل نقل ابن عبد السلام فإنه يقتضي أن هذا القول ليس بمنصوص[8].

وقوله: (**وَرَقِيقًا إِنْ كَانَ يُنْتَزَعُ مَالُهُ**) يعني: وكذا لا يثبت ولاء للرقيق الذي لسيده انتزاع ماله إذا أعتق عبدًا له؛ إما بإذن السيد له في العتق أو بغير إذنه، وعلم به السيد الأعلى قبل عتق العبد الأعلى، ولم يرده -على ما في كتاب محمد- فإن هذا الرقيق لا

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 331/2.

(2) كلمتا (أن لا) يقابلهما في (ب): (إلا أن).

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 337/2.

(4) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 220/6 و221.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 257/13 و258.

(6) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4105/8.

(7) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 219/6.

(8) انظر: شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 137/17.

يثبت له ولاء على من أعتق في الحالة المذكورة أبدًا، ولو أعتق بعد ذلك كالكافر يعتق مسلمًا.

ودلَّ مفهوم الشرط من كلام المصنف على أنَّ من ليس للسيد أن ينتزع ماله من الرقيق، كالمكاتب، والمعتق بعضه، والمعتق إلى أجل إن قرب الأجل، وأم الولد، والمدبَّر إن مرض السيد إذا أعتقوا قبل تمام حريتهم؛ فإن الولاء يعود لهم إن تمَّت حريتهم بالعتق.

وقد جمع في "التهذيب" بين المسألة الأولى من كلام المصنف والثانية -أعني- أن مَنْ للسيد انتزاع ماله لا يكون له ولاء، وإن أعتق بعد عتقه، ومن ليس له انتزاع ماله؛ يكون له الولاء إن أعتق بعد عتقه، إلَّا أنه إنما تعرَّض في الثانية للمكاتب خاصة، فقال: وما أعتقا -يعني: المكاتب والعبد- بإذن السيد؛ جاز، والولاء للسيد إلَّا أن يعتق المكاتب[1]، فيرجع إليه الولاء؛ إذ ليس للسيد انتزاع ماله[2]، وأما العبد؛ فلا يرجع إليه الولاء وإن أعتق.اهـ[3].

فانظر قوله: (إذ ليس للسيد انتزاع ماله) فإنَّ مفهومه أن كل من ليس للسيد انتزاع ماله؛ فإنَّ الولاء يعود له بعتقه، وعلى هذا المفهوم، وما في النوادر، ونقله ابن يونس وغيره اعتَمَد المؤلف[4] فيما يعطيه مفهوم الشرط من كلامه من عموم الحكم فيمن لا ينتزع ماله من الأرقاء، وهو على القول بأن المفهوم له عموم.

وفي "النوادر": / قال من[5] كتاب محمد، وذكره ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قالوا: كل مَنْ للرجل انتزاع ماله من أرقائه؛ فولاء ما أعتق بإذنه له، وأمَّا من ليس له نزع ماله، كالمكاتب، وكالرجل[6] يقرب في عتق الأجل، أو يمرض السيد في [ز:776ب]

---

(1) عبارة (خاصة فقال: وما أعتقا... يعتق المكاتب) ساقطة من (ز).

(2) كلمة (ماله) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 332.

(4) كلمتا (اعتمد المؤلف) يقابلهما في (ب): (اعتمده المصنف).

(5) في (ز): (في).

(6) في (ب): (ولأجل) وفي (ز) و(ع2): (والأجل) ولعل ما أثبتناه أصوب.

المدبَّر، أو أم الولد؛ فإن ولاء ما أعتقوا حينئذٍ بإذن سيدهم يرجع إليهم إذا أعتقوا.

ثم قال بعد هذا بقليل: وقاله كله أصبغ عن ابن القاسم، وهو أيضًا كله في "العتبية" عن ابن القاسم، ثم حكى أن مذهب ابن القاسم في المعتق بعضه أن الولاء يعود له بالعتق، وحكى في المعتق بعضه، وفي المدبر وأم الولد: يعتقان في المرض خلافًا، وأن الولاء للسيد، فطالِعْه(1).

فإن قلتَ: قد قال في "المدونة": وعتق أم الولد لعبدها على ما وصفنا في عتق العبد لعبده(2)، وظاهر هذا العموم مَرِضَ سيدها أم لا، وهو خلاف ما نقلوا عن ابن القاسم فيها(3)؟

قلتُ: قال ابن يونس لمَّا ذكر المسألة: إذ له انتزاع مالها، ثم قال(4): قال ابن المواز: أصل مالك وابن القاسم في هذا أن كل مَنْ للرجل(5) إلى آخر ما نقل عنه في "النوادر" فتعليل ابن يونس، ونقله عن ابن المواز أصل الإمامين دليلٌ على أن مسألة "المدونة" مقيدة بما إذا(6) أعتقت في الصحة.

وعَنِ الْمُسْلِمِينَ الْوَلاءُ لَهُمْ كَسائِبَةٍ، وكُرِهَ

يعني: وإن أعتق أحد عبده(7) عن المسلمين؛ فالولاء للمسلين؛ إذ لا فَرْق بين عتقه عن جماعة المسلمين، أو عن رجل معين، وقد تقدَّم في المعين أن الولاء له.

فإن قلتَ: بل الفرق بينهما أن المعين(8) يتأتَّى منه طلب الحق، فكان له الولاء، وجماعة المسلمين لا يحصى عددهم، فلا يكون لهم ولاء؛ ألا ترى إلى قوله في

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 246/13.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 332/2.

(3) كلمة (فيها) ساقطة من (ز).

(4) كلمة (قال) ساقطة من (ع2) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(5) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 224/6.

(6) كلمتا (بما إذا) يقابلهما في (ز): (لما).

(7) كلمتا (أحد عبده) يقابلهما في (ز): (أحده).

(8) في (ز): (المعتق).

"المدونة": ومَنْ مات من قيس أو غيرها؛ لم يرثه منهم إلا عصبته دينًا ممَّن يحصى ويعرف، وإن التقوا معه إلى أب جاهلي بعد عشرة آباء، أو أكثر؛ لأنَّ ذلك أمرٌ معروف، وذلك[1] إذا كان هؤلاء الذين يلتقون معه إلى الجد يحصون ويعرفون، ولا أورث القبيلة؛ إذ لا أدري عدتهم، ولا من يستحقه[2] منهم، وكم[3] يجب لمن قام يطلب ذلك منهم من جملة المال، ولا يورث أحد إلا بيقين.اهـ[4].

قلتُ: جماعة المسلمين وإن لم يحصَ[5] عددهم، فلهم ناظر ونائب يتولَّى أمرهم وهو الإمام، فيضم أموالهم الضائعة إلى بَيْتٍ، فهم كالمستحق المعين، ولا كذلك القبيلة، فإنهم لا نائب لهم.

وقوله: (كَسائِبَةٍ) يعني: كمَّا أنه إذا أعتق عبدًا سائبة، فيقول له: أنت سائبة لله؛ يكون ولاؤه للمسلمين، فكذلك إذا أعتق عنهم؛ لأَنَّ السائبة ليس له مالك معين، فيرجع إلى بيت المال، وهذه تُحَقِّق ما قررناه[6] من الفروق[7] بين القبيلة وجماعة المسلمين.

وقد جمع في "المدونة" المسألتين، فقال: لأَنَّ من أعتق سائبة فولاؤهم للمسلمين، وعليهم العقل، ولهم الميراث، ومعنى السائبة: كأنه أعتق عن المسلمين[8].

قال ابن يونس عن ابن القاسم[9]: والسائبة أن يقول لعبده: اذهب فأنت سائبة.

---

(1) في (ز): (ولذلك) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) في (ز): (يستلحقه) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) في (ز): (وكمن) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 348.

(5) في (ز): (يحصر).

(6) في (ز): (قدرناه).

(7) في (ز): (الفرق).

(8) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 328.

(9) عبارة (وعليهم العقل ولهم الميراث... ابن القاسم) ساقطة من (ز).

يريد: الحرية؛ فهو حر، وإن لم يسم الحرية(1).

زاد في "النوادر": قال في "العتبية": أو يقول: اذهب فأنت حر سائبة.

وقال أصبغ: لا يعجبني قوله حتى يريد العتق، ولفظ التسييب لفظ بالحرية وإن لم يردها؛ إلا أن يكون لقوله سببٌ غير الحرية(2).

وقال ابن يونس في كتاب الفرائض: عتق السائبة أن يعتق الرجل عبده شكرًا لله، فيقول: قد أعتقتك سائبة شكرًا(3) لله، أو يقول: قد سيبتك(4).

وقوله: (وَكُرِهَ) يعني: جَعْلُ العبد سائبة مكروه؛ لأنه يضاهي سائبة الجاهلية من الأنعام التي حرَّم الله فعلها بقوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ﴾ [المائدة: 103].

وقال ابن المواز: وقد ترَكَ الناس عتق السوائب، فإنْ فَعَلَه أحدٌ؛ فولاؤه للمسلمين(5).

قلتُ: ولعل الكراهة فيه؛ لِمَا قال: من ترك الناس العمل به، وهذا الذي ذكر من كراهيته هو مذهب ابن القاسم.

قال ابن رشد في مقدماته: كرهه ابتداءً ورآه من ناحية هبة الولاء، وأجازه أصبغ، ومنعه ابن الماجشون، ورآه من هبة الولاء حقيقة.

وقال: إن وقع؛ فالولاء له لا للمسلمين، فهم أصبغ أن معنى: (أنت سائبة) أي: عتيق عن المسلمين والثواب لهم، وفهم ابن الماجشون ومَنْ وافقه أن مرادَه جعل الثواب له والولاء لهم، ولم يتحقَّق ابن القاسم مراده، فكرهه ابتداء.

فهذا توجيه الاختلاف، / ولذا لم يختلف المذهب فيمن قال: (أنت حر عني) [ز:777/أ] والولاء للمسلمين؛ أن الولاء له دونهم، ولا فيمن قال: أنت حر عنهم، والولاء لي؛

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 213/6.

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 240/13.

(3) كلمة (شكرًا) ساقطة من (ز).

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 257/6.

(5) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 239/13.

أنه لهم[1].

وقال عياض: إنما كره؛ لموافقة الجاهلية في الأنعام، ولأنه أَمرٌ تركه الناس[2].

ولو قال: أعتقته عن المسلمين، أو أنت حر عنهم[3]؛ فهذا حكمه حكم السائبة، لكن ليس يَكْرَه هذا مالك[4] ولا غيره.

فإن قلتَ: ما يبين رجوع قول المصنف: (وَكُرِهَ) للسائبة خاصَّة، ولعله للمسألتين؟

قلتُ: يبينه إفراد الأُولَى بالحُكْم، ثم إتيانه في الأولى بحرفِ التشبيه، ولو أراد المسألتين لقال: (وعن المسلمين وسائبة الولاء لهم، وكره) -أيضًا-[5] إفراد ضمير (وَكُرِهَ) بعد فصل السائبة بحرف التشبيه يبين رجوعه إلى أقربِ مذكور، ولولا قصده لذلك؛ لقال: (وكرهتا) فيعود الضمير على المسألتين.

وقد بان من نقلِ ابن رشد أنه لا خلاف أنه إن أعتق عن المسلمين؛ أن الولاء لهم دونه، وإنما الخلاف في السائبة، ونقل ابن شاس الخلاف في الجميع[6]، وكذلك ابن الحاجب[7].

وفي كلام اللخمي إشارة إلى موافقتهم حين نقل الخلاف إجمالًا، لكن عند التفصيل إنما ذكره في السائبة[8]، كما فعل غيره، والصواب طريق ابن رشد؛ لأنه الأوفق لنقلِ المتقدمين، ولولا الإطالة لجلبناه.

---

(1) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 132/3 و133.

(2) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 1346/3.

(3) عبارة (والولاء لي أنه لهم... حر عنهم) ساقطة من (ز).

(4) كلمة (مالك) ساقطة من (ز).

(5) في (ب): (وأيضًا).

(6) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1196/3.

(7) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 790/2.

(8) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4098/8.

وإِنْ أَسْلَمَ العَبْدُ عادَ الوَلاءُ بإِسْلام السَّيِّدِ

يعني: إذا أعتق الكافر[1] عبدًا له كافرًا؛ كان الولاء للمعتِق، فإن أسلم العبد بعد عتقه؛ انتقل ولاؤه عن سيده إلى أقرب الناس بالسيد[2] ممن يرث عنه الولاء من[3] عصبته المسلمين[4]، فإن أسلم سيده بعد ذلك؛ عاد الولاء له، وإنما عاد له الولاء؛ لأنه ثَبَتَ له حين أعتقه؛ لتكافئهما، كما تقدَّمت الإشارة إليه.

ونصُّها في "التهذيب": وإذا أعتق النصراني عبدًا له نصرانيًّا، فأسلم المعتق، وللسيد ورثة أحرار مسلمون[5] رجال، مثل: أب، أو أخ، أو ابن عم، أو ابن ابن؛ فولاء العبد وميراثه -إن مات- لورثة سيده المسلمين دون السيد وإن كان حيًّا؛ لأن الولاء كان للسيد، إذ كان نصرانيًّا، فلمَّا أسلم العبد لم يرثه؛ لاختلاف الدينين، ولا يحجب السيد ورثته؛ لأن من لا يرث فلا يحجب.

ألا ترى لو مات لهذا النصراني ولد مسلم[6] أن عصبة النصراني المسلمين يرثون الولد، قال: فإن أسلم السيد رَجَعَ ولاء هؤلاء.اهـ[7].

وذكر بإثرها مسألة من معنى صدر هذه المسألة.

وقوله: (**عادَ الوَلاءُ**)، كقوله في "المدونة": رجع إليه ولاؤه[8].

قال ابن يونس عن سحنون: معناه: رجع الميراث، وأما الولاء فقائمٌ لا ينتقل عنه.

---

(1) في (ز): (كافر).

(2) كلمة (بالسيد) ساقطة من (ع2).

(3) كلمة (من) ساقطة من (ز).

(4) كلمتا (عصبته المسلمين) يقابلهما في (ز): (عصبته إلى المسلمين) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) كلمة (مسلمون) ساقطة من (ع2) وهي في تهذيب البراذعي.

(6) كلمتا (ولد مسلم) يقابلهما في (ب): (ولد لم يرثه مسلم) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 330.

(8) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 292.

وصوَّبه ابن يونس[1]؛ لأنه كالنسب، فكما لا تزول عنه الأبوة بإسلام ولده لا يزول الولاء بإسلام مولاه.

وَجَرَّ وَلَدَ المُعْتَقِ كَأَوْلادِ المُعْتَقَةِ إنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ نَسَبٌ مِنْ حُرٍّ؛ إلا لِرِقٍّ أَوْ عِتْقٍ لآخَرَ وَمُعْتَقِهِما

يعني: كما أن الولاء يثبت[2] للمعتق، كذلك جرَّ ذلك الولاء الثابت ولاء ولد المعتَق من الذكور -بفتح التاء؛ أي: المنْعَم عليه بالعتق-، فإذا مات ولد حر للمولى الأسفل ، ولم يترك وارثًا من النسب؛ فإنَّ ميراثه لمن[3] أعتق أباه، أو لمن يرثه عنه، فإن عتقه للأب جرَّ له ولاء الولد، ولا يقتصر في هذا على ولد المعتق لصلبه؛ بل وكذلك أولاد أولاد الذكور مِنْ ولده، وإن سفلوا.

فـ(جَرَّ) فعل ماض فاعله ضمير يعود على الولاء المذكور أول[4] الفصل، والجملة معطوفة على ما تعلق به المجرور في قوله هناك للمعتق، أي الولاء ثبت للمعتق، وجرَّ ذلك الولاء ولاء ولد الذكر المعتق.

قال في "التهذيب": وكل حُرَّةٍ من العرب أو معتقة تزوجها حُرٌّ عليه ولاء؛ فإنه يجر ولاء ولده منها إلى مواليه، ويرث ولده من كان يرث الأب إن كان الأب قد مات[5].

وقوله: (وَلَدَ) على حذف مضاف؛ أي: ولاء ولد.

وقوله: (المُعْتَقِ) صفة لمحذوف؛ أي: الذكر المعتق، يدل عليه ما بعده.

وقوله: (كَأَوْلادِ المُعْتَقَةِ) أي: يجر ذلك الولاء ولاء أولاد الأنثى المعتقة، فمَنْ أعتق أمة، ثم ولدت بعد العتق أولادًا، فماتوا وليس لهم نسبٌ من حر، ولا موالي من

---

(1) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 104/6.

(2) في (ز): (ثبت).

(3) في (ز): (إن).

(4) كلمة (أول) يقابلها في (ز): (أو إلى).

(5) تهذيب البرادْعي (بتحقيقنا): 2 /339.

جهة أبيهم؛ فإنَّ ميراثهم لمن أعتق أمهم.

قال في "التهذيب": وإذا تزوجت الحرة عبدًا فولدت منه أولادًا، كان ولاء الولد لموالي الأم ما دام الأب عبدًا، فإن أعتق الأب؛ جر ولاءهم لمعتقه، وهذا كولد الملاعنة، وينتسب إلى موالي أمه وهم يرثونه ويعقلون عنه، ثم إن اعترف به أبوه؛ حُدَّ ولحق به، وصار ولاؤه إلى موالي أبيه وعقله عليهم.

وكذلك لو كان لولد[1] العبد من الحرة جَد، أو جد جد حر قد عتق قبل الأب، لجر ولاءهم إلى معتقه.اهـ[2].

وسيأتي -أيضًا- قريبًا[3].

وقوله: (إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ نَسَبٌ مِنْ حُرٍّ) شرط في جر الولاء ولاء[4] أولاد المعتقة؛ لأنهم إذا كان / لهم نسب من أبٍ حرٍّ؛ لم يتقدم عليه ولا على أحد من آبائه ولاء؛ فإنَّ ميراثهم إن لم يكن لهم[5] وارث من النسب لبيت المال، ولا تجر أمهم ولاءهم لمواليها. [ز:777ب]

قال في "التهذيب": ومن أسلم فكان ولاؤه للمسلمين، فتزوج امرأة من العرب، أو من الموالي معتقة[6]، فولدت منه أولادًا؛ فولاء الولد للمسلمين، فإنْ مات الأب ثم مات ولده بعده؛ كان ميراثهم[7] للمسلمين[8].

وقال الحوفي في فرائضه: ولا يكون الولاء لموالي الأم إلا في أربعة مواضع: إذا كان الأب مملوكًا، أو حربيًّا بدار الحرب، أو ملاعنًا، أو يكون الولد ولد زنا؛ فيكون الولاء حينئذٍ لموالي الأم.

---

(1) في (ب): (الولد)، وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2 /339 و340.

(3) عبارة (فإن أعتق الأب جر... أيضًا قريبًا) ساقطة من (ز).

(4) كلمة (ولاء) ساقطة من (ز).

(5) كلمة (لهم) ساقطة من (ز).

(6) كلمة (معتقة) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(7) في (ب) و(ع2): (ميراثه) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(8) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 339/2.

ولو كان الأب من مسلمي أهل الذمة والأم معتقة؛ لم يكن عليه عقد ولاء لأحد، كما لو كان أبوه عربيًّا، وسبيله سبيل العربي.

وقوله: (إِلَّا لِرِقٍّ، أَوْ عِتْقٍ لِآخَرَ) استثناء من المسألتين؛ أي: فيجر الولاء من ولد المعتق وأولاد المعتقة[1] لموالي الأبوين؛ إلَّا إذا كان ولد أحدهما رقيقًا؛ فإِنَّ ماله إن مات لمالكه لا لمعتق أحد أبويه، أو كان الولد معتقًا لرجلٍ آخر[2] غير الذي أعتق أباه أو أمه؛ فإن ولاءه يكون لمن باشر عتقه، لا لمن أعتق أحدَ أبويه -أيضًا-.

أما إذا كان الولد رقيقًا؛ فلا إشكال أن مالَه لمالكه، ولأَنَّ الرق لما كان يمنع الميراث بالنسب فأحرى بالولاء، وأما إن كان معتقًا لآخر؛ فإن المعتق المباشر أَوْلَى من الذي يكون بواسطة؛ لقوله ﷺ: «الولاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[3].

وفي "التهذيب": قال يحيى بن سعيد في عبد تزوج أمة لغيره[4]، فأولدها، فعتق الولد قبل أبويه، ثم عتقا؛ فهما يرثانه ما بقيا، فإِنْ ماتا فولاء الولد لمن أعتقه، ولا يجر الوالد ولاء ولده إلى سيده.اهـ[5].

وقوله: (ومُعْتَقَهُما) أي: وجرَّ الولاء -أيضًا- للمعتق ولاء معتق المعتق، ومعتق المعتقة، فـ(مُعْتَقَهُما) معطوف على (وَلَدَ)، وضميره عائدٌ على المعتق والمعتقة، وهذا والمستثنى قبله ممَّا لا خلاف فيما ذكر من أحكامهما.

ومن النصوص الدالة على أنَّ[6] الولاء يجر ولاء معتق المعتق، قول[7] ابن الجلاب[8]: ومولى المولى بمنزلة المولى[9].

---

(1) في (ع2): (المعتق).

(2) كلمة (آخر) ساقطة من (ز).

(3) تقدم تخريجه. انظر النص المحقق: 9/ 593.

(4) كلمة (لغيره) يقابلها في (ع2):(بغير إذن سيده).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 333.

(6) كلمة (أنَّ) ساقطة من (ز).

(7) كلمة (قول) ساقطة من (ع2).

(8) في (ز): (الحاجب) وما أثبتناه موافق لما في التفريع.

(9) التفريع، لابن الجلاب: 407/2.

وقوله في "الرسالة"، ومثله في "التلقين"، وغيره: ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو جرَّه من أعتقن إليهن بولادة أو عتق.اهـ[1].

وسيأتي من نص "التهذيب" قريبًا إن شاء الله تعالى.

وَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ أَوِ اسْتَلْحَقَ رَجَعَ الوَلاءُ لِمُعْتِقِهِ مِنْ مُعْتِقِ الجَدِّ وَالأُمِّ

يعني أنَّ العبد إذا كان له أب أعتقه غير سيده، وتزوَّج العبد مولاة لغير سيده، فأولدها؛ فإنَّ ولاء ولدها يكون للذي أعتق جده ما دام أبوه رقيقًا -أيضًا- فإذا أعتق أبوه[2]؛ رجع ولاؤه لمعتق أبيه، ولو لم يكن له جد حر؛ لكان ولاؤه لمعتق أمه ما دام أبوه رقيقًا -أيضًا- فإذا أعتق رجع ولاؤه لمعتق أبيه.

وكذا[3] إن تزوَّج مولى مولاة لغير مَنْ أعتقه، فأولدها ثم انتفى مِنْ ولدها باللعان؛ فإنَّ ولاء ولدها يكون لمعتق الأم، فإنِ استلحقه الملاعن بعد ذلك؛ لحِقَ به وحدَّ، وعاد ولاء الولد لمعتق الأب.

فهذه ثلاث[4] مسائل تضمَّنها كلامه وأحسن في اختصارها.

وقوله: (أُعْتِقَ) بضم الهمزة مبنيًّا للمفعول، وهو الأب، و(اسْتَلْحَقَ) بفتح الحاء، وفاعله ضمير الأب، ومفعوله محذوف أي: ولده الذي انتفى منه باللعان، وهي ثالثة المسائل.

وقوله: (مِنْ مُعْتِقِ الجَدِّ) هي[5] الصورة الأولى.

وقوله: (والأُمِّ) هي الثانية والثالثة.

ونصُّ هذه المسائل الثلاث في "التهذيب": وإذا تزوَّجت الحرة عبدًا فوَلَدت منه أولادًا؛ كان ولاء الولد لموالي الأم ما دام الأب عبدًا، فإن أعتق الأب؛ جرَّ ولاءهم لمعتقه، وهذا كولد الملاعنة ينتسب إلى موالي أمه وهم يرثونه ويعقلون عنه، ثم إن

---

(1) الرسالة، لابن أبي زيد (بتحقيقنا)، ص: 85.

(2) كلمة (أبوه) ساقطة من (ز).

(3) عبارة (رجع ولاؤه لمعتق أبيه... أبيه وكذا) يقابلها في (ز): (وكذلك).

(4) كلمة (ثلاث) ساقطة من (ب).

(5) في (ز): (يعني).

اعترف به أبوه؛ حُدَّ ولحق به، وصار ولاؤه إلى موالي أبيه وعقله عليهم.

[ز:778/أ] وكذلك لو كان لولد العبد من الحرة جَدٌّ، أو جدُّ جدٍّ حر[1] / قد عتق[2] قبل الأب؛ لجرّ ولاءهم إلى معتقه.اهـ[3].

زاد ابن يونس: يريد: ما لم يعتق الأب، وهذا هو الذي ذكر المصنف، ونقله ابن يونس منصوصًا من[4] قول ابن القاسم في "العتبية"[5].

والقَوْلُ لِمُعْتِقِ الأَبِ لا لِمُعْتِقِها؛ إلا أَنْ تَضَعَ لِدُونِ السِّتَّةِ[6] مِنْ عِتْقِها

معنى هذه المسألة أن عبدَ الرجل[7] زوَّج أمة لآخر، فأعتق كلًّا منهما مالكه، وظهر بالأمة حمل، فادَّعى معتق أبيه أنه تكَوَّن بعد العتق؛ ليكون أَوْلَى بولائه؛ لأَنَّ معتق الأب أَوْلَى من معتق الأم.

وادَّعى معتق الأم أنه كان موجودًا حين أعتق أمه؛ ليكون عتقه إيَّاه بالمباشرة، فيكون الولاء له؛ لأَنَّ المعتق أَوْلَى من معتق الأب؛ فإنْ كانت بينة لأحدهما؛ عَمِلَ عليها، وإن لم تكن بينة؛ فالقول قول معتق الأب؛ إذ الأصل عدم الحمل، فلا تقبل دعوى خلافه إلا بدليل.

هذا إن وَضَعَت حملها لستة أشهر فأكثر من يوم أعتقها سيدها والزوج مرسل عليها؛ فإنه مع هذه الحال يمكن تخلفه بعد العتق.

وأما إن وضعته لأقلّ من ستة؛ فالقول هنا قول معتق الأم أنه كان موجودًا حين العتق؛ إذ لا يمكن وضع حمل[8] لأقل من ستة أشهر.

---

(1) كلمة (حر) ساقطة من (ب) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) كلمتا (قد عتق) يقابلهما في (ز): (فأعتق) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2 /339 و340.

(4) في (ز): (في).

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6 /244.

(6) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (ستة أشهر).

(7) في (ع2): (رجل).

(8) في (ب): (الحمل).

ولا يخفى عليك أنَّ في كلام المصنف[1] حذفًا تقديره بعد قوله: (لِمُعْتِقِهَا) إن تنازعا[2] في الحمل الذي ظهر بالمعتقة[3] هل وُجِد بعد العتق، كما يقوله معتق الأب، أو كان موجودًا حين العتق كما يدَّعيه معتق الأم ولا بينة.

وفي استثنائه إجمال؛ إذ لا يستفاد من لفظه: (إن وضعته لأقل من ستة) إلَّا أنه لا يكون القول قول معتق الأب، وهل يكون القول قول معتق الأم -كما هو المنصوص- أو يتساقطان؟

كلامه محتمل.

فلو قال بعد قوله: (مِنْ عِتْقِهَا): (فقولها)؛ لارتفع الاحتمال، إلَّا أن يقال: لا واسطة بين قبول قوله، وقبول قولها، فإذا انتفى أحدهما ثَبَتَ الآخر، وفيه نظر؛ إذ لو سلم أن لا واسطة؛ لما فهم ذلك من كلامه التزامًا؛ لأنه لا يعتمد على مفهوم الشرط كما شرط.

ونص هذه المسألة من "التهذيب": وإذا أعتقت أمة وهي تحت حر، فولدت منه ولدًا، وقالت: عتقت وأنا به حامل، وقال الزوج: بل حملت به بعد العتق؛ فولاؤه لموالي الأب، والقول قول الزوج.

أشهب: ولو أقرَّ الزوج بقولها، لم يصدَّق إلا أن تكون بينةُ الحمل يوم العتق، أو تضعه لأقلِّ من ستة أشهر من يوم العتق.اهـ[4].

فقوله: (حر) يريد: بالعتق، بدليل ما بعده، وقول أشهب وفاق.

ابن يونس: ولا يكف الزوج عن وطئها إذا عتقت؛ لاختيار[5] الحمل؛ لأَنَّ الوطء حق له فلا يمنع حقه[6] لأمر يكون أو لا[7].

---

(1) في (ز): (المؤلف).

(2) في (ز): (يتنازعا).

(3) في (ز): (المعتقة).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 342.

(5) في (ز): (لاختلاف) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) كلمة (حقه) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(7) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 251/6.

زاد اللخمي: ويعمل على ما يتبين من الأمر.

وفي "المختصر الكبير": يكف حتى يتبين هل بها حمل لمكان الولاء[1].

وقال -أيضًا- فيمن لها ولد من غير زوجها فهلك الولد: [يوقف عنها الزوج لمكان الميراث، وعلى القول الأول][2] لا يوقف عنها الزوج للميراث، والوقف[3] في السؤالين أحسن؛ إذ لا يقطع إِنْ أَتَتْ به لستة فأكثر أنه محدث؛ لأن الوضع لهذا الأمر نادر، والمستمر إنما هو تسعة فأكثر، وإنما تراعى ستة إذا تقدمتها حيضة، وإلا فلا وجه لحمله على النادر.

وأيضًا يحتمل أنه أصابها في[4] أول النهار، وأعتقت في آخره؛ فلا دليلَ للستة على تقدمه على العتق[5].

قلتُ: وللمسألة شَبَهٌ قوي بمسألة ما إذا أعتق ما في بطن أمته أو دبَّره وهي حامل، وهي في العتق الثاني من "التهذيب" فانظرها[6].

وانظر مسألة من لها ولد من غير زوجها[7] فإنه شَبَّه بها هذه، وقال هناك: وقال غيره: إن كان الزوج مرسلًا عليها، وليست[8] بينة الحمل؛ نظر إلى حد ستة أشهر، وإن كان غائبًا أو ميتًا، فما ولدته إلى[9] أقصى حمل النساء؛ فهو حر.اهـ[10].

وقول الغير في تفصيله وفاقٌ لابن القاسم لا يخالفه فيه، وكذا قوله بعد هذا:

(1) انظر: المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 509.

(2) ما بين المعكوفتين زائد من تبصرة اللخمي.

(3) في (ز): (والوقوف).

(4) كلمة (في) ساقطة من (ب) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4138/8 و4139.

(6) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 247/2.

(7) كلمة (وهي في العتق الثاني من... غير زوجها) ساقطة من (ز).

(8) في (ب) و(ع2): (وليس) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(9) كلمة (إلى) ساقطة من (ب).

(10) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 247/2.

وقال أشهب: لا يسترق الولد بالشك[1]، وكذا ينبغي أن يكون الحكم في الولاء هنا أن يفصل بين كون الزوج مرسلًا عليها؛ فتعتبر السنة، أو لا؛ فيعتبر أقصى أمد الوضع.

وَإِنْ شَهِدَ وَاحِدٌ بِالوَلاءِ أَوِ اثْنانِ بِأَنَّهُما لَمْ يَزالا يَسْمَعانِ أَنَّهُ مَوْلاهُ أَوِ ابْنُ عَمِّهِ؛ لَمْ يَثْبُتْ لَكِنَّهُ يَحْلِفُ وَيَأْخُذُ المَالَ بَعْدَ الاسْتِيناءِ

لمَّا قال ﷺ: «**الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ**»[2]؛ كان حُكْمُه حُكمَهُ في أنهما لا يثبتان إلا بشاهدين، فإذا / شهد واحد بالولاء، فيقول: أعلم أنَّ فلانًا مَوْلَى فلان أعتقه، أو أعلم أنه ابن عمه أو أخوه؛ لم يثبت الولاء أو النسب بذلك[3]. [ز:778ب]

نعم إن مات المشهود بأنه مولى أو قريبًا، استؤني بماله بقدرِ اجتهاد الحاكم؛ لعلَّ أحدًا يأتي بما هو أثبت في استحقاق هذا المال فيأخذه، فإن لم يأتِ أحد فيه[4] بأثبت؛ دُفِعَ إلى هذا الذي شهد له الواحد بعد يمينه على حِقيَّة[5] ما شهد به شاهده من الولاء أو النسب.

وهذا الحكم إن شهد اثنان أنهما لم يزالا يسمعان أنَّ فلانًا مولى فلان، أو ابن عمه أن الولاء أو النسب لا يثبت بمثل شهادة السماع هذه، لكنه يدفع المال[6] الذي خلفه المشهود عليه للمشهود له بعد الاستيناء واليمين[7] المذْكُورَيْن، وهذا الحكم الذي ذكر في شهادة الواحد[8] على البتِّ، والاثنين بالسماع هو الذي في كتاب الشهادات من "المدونة".

قال في "التهذيب": وإن شهد شاهدان أنهما سمعا أن هذا الميت مولى فلان

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 247/2.
(2) تقدم تخريجه. انظر النص المحقق: 9/ 593.
(3) كلمة (بذلك) ساقطة من (ز).
(4) كلمة (فيه) ساقطة من (ب).
(5) في (ز): (حقيقة)، ولعل الصواب ما أثبتناه.
(6) كلمة (المال) ساقطة من (ز).
(7) ما يقابل كلمة (واليمين) غير قطعيِّ القراءة في (ز).
(8) كلمة (الواحد) ساقطة من (ز).

هذا، لا يعلمون له وارثًا غيره، أو شهد شاهد واحد أنه مولاه أعتقه؛ استؤني بالمال، فإن لم يستحقه غيره؛ قضي له به[1] مع يمينه، ولا يجر بذلك الولاء[2]، ومثل هذا في كتاب الولاء[3].

وخالف أشهب في المسألتين معًا، فقال في شهادة اثنين بالسماع: يثبت الولاء، وفي شهادة واحد على البت: لا يستحق بها شيئًا، ولا يدفع له بها[4] مال.

ونص ذلك من "التهذيب": مالك: وإن شهد رجلان على السماع أن هذا الميت مولى فلان أعتقه؛ تأنَّى الإمام، فإن لم يأتِ مَنْ يستحق ذلك؛ قُضِيَ له بالمال مع يمين الطالب، ولا[5] يجر بذلك الولاء.

وقال أشهب: يكون له ولاؤه، وولاء ولده بشهادة السماع.

ثم قال بعد هذا: قال غيره -والغير هو أشهب-: وإذا شهد شاهد على البتِّ في الولاء أو في النسب؛ لم يحلف معه[6] ويستحق المال؛ لأنَّ المال لا يُسْتَحَق حتى يثبت الولاء [والنسب][7]، وثبوتهما لا يتم إلا بشاهدين.

ألا ترى أن مالكًا قال في أخوين أقرَّ أحدهما بأخ وأنكر الآخر: إن المقر لا يحلف، ويثبت مورثه[8] من جميع المال؛ لأنه لا يثبت له المال إلا بثباتِ النسب، ولكن يعطيه المقر ثلث ما في يده.

وقال غيره: إنما أستحسن في شاهد على البتِّ في الولاء، أو شاهدين على السماع[9] أن أقضي له بالمال مع يمينه بعد الاستيناء؛ لأن المال ليس له طالب ولا

(1) كلمتا (له به) يقابلهما في (ز): (به له) بتقديم وتأخير.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 405/3.

(3) انظر: المدونة (السعادة/صادر): 373/3، وتهذيب البراذعي لها (بتحقيقنا): 340/2.

(4) كلمتا (له بها) يقابلهما في (ز): (لها).

(5) كلمة (ولا) ساقطة من (ز) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(6) في (ز): (هو) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(7) كلمة (والنسب) زائدة من تهذيب البراذعي.

(8) في (ب) و(ع2): (موروثه) وما اخترناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(9) عبارة (شاهدين على السماع) يقابلها في (ز): (بشاهدين بالسماع) وما اخترناه موافق لما في

نسب معروف، كما أن إقرار أخ بأخ؛ يوجب له أخذ المال، ولا يثبت له النسب، وقد قال مالك نحو هذا في كتاب الشهادات.اهـ[1].

وهذا الغير هنا هو ابن القاسم؛ لأنَّ الضمير لأشهب، وترتيب قياس أشهب أن يقول[2] في شهادة الشاهد الواحد بالولاء: شهادة لا يثبت بها الولاء؛ فلا يؤخَذُ بها المال المستحق به مع اليمين، أصله إقرار أحد الأخوين بأخ، فإنَّ المقر به لا يحلف معه ويستحق جميع ميراثه؛ لأنَّ إقرار واحد كشهادته بالنسب، فلمَّا لم يستحق النسب بها؛ لم يؤخذ المال.

ويمكن تقريره بوجوه[3] من الاستدلالات المنطقيَّة لا يحتملها هذا المختصر، فالجامع[4] عند أشهب كونها شهادة لا توجِب سبب أخذ المال؛ فلذا لا توجب المسبب.

وإذا عرفت الجامع فيما قصده علمت أن حاصل ما فرَّق به سحنون لابن القاسم من أن مسألة الإقرار للمال[5] فيها طالب معروف، ومسألة الولاء ليس له طالب معروف، وهو -أيضًا- لابن القاسم من المعارضة في الأصل بمعنى آخر لتعليل أشهب بأنها شهادة إلى آخره، وابن القاسم بأنه مال ضائع.

وظاهر كلام المؤلف أن شهادة الواحد على البتِّ بالولاء خاصَّة، وشهادة الاثنين على السماع به أو بالنسب، وهذا[6] تابع في تعبيره لابن شاس[7] وابن الحاجب[8]، وتأمَّل ذلك مع نص "التهذيب" الذي جلبناه من الموضعين، ونص =

تهذيب البراذعي.

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 340 و341.

(2) في (ب) و(ع2): (تقول) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(3) كلمة (بوجوه) ساقطة من (ز).

(4) في (ز): (فالجمع).

(5) كلمة (للمال) ساقطة من (ز).

(6) في (ز): (وهو).

(7) انظر: عقد الجواهر، لابن شاس: 1050/3.

(8) انظر: جامع الأمهات، لابن الحاجب (بتحقيقنا): 702/2.

أشهب على شهادة الواحد بالولاء وبالنسب.

وبقي في هذا المحل كلام في صفة الشهادة بالولاء، وفي الإقرار بوارث بالولاء أو بالنسب تركناه؛ لطوله، وأيضًا فله محل غير هذا تقدَّم.

وَقُدِّمَ عاصِبُ النَّسَبِ، ثُمَّ المُعْتِقُ، ثُمَّ عَصَبَتُهُ كَالصَّلاةِ، ثُمَّ مُعْتِقُ مُعْتِقِهِ

يعني أنَّ الْمَوْلَى الأسفل إذا مات ولم يترك وارثًا من نسبه ولا مولاه المباشر لعتقِه، وإنما ترك عصبة مولاه الأعلى من النسب، وترك -أيضًا[1]- معتق مولاه الأعلى؛ فإنَّ عصبة معتقه[2] من النسب مقدمون على معتق معتقه، فيعد عاصب المولى الأعلى من النسب إذا / عدم معتق المولى الأعلى[3]، وهذا المعتق -أيضًا- أَوْلَى من عصبة نفسه من النسب، فإن عدم؛ فبعده في الرتبة عصبته المذكورون. [ز:779/أ]

وهذا الترتيب المذكور من أول إلى[4] هنا هو الترتيب المُراعى في أَوْلَى الناس بالصلاة على الميت، وإلى هذا أشار بقوله: (**كالصَّلاةِ**) أي: هذه الأولوية[5] بين المذكورين، كالأولوية بينهم في الصلاة على هذا الميت الذي[6] يرثونه على هذا الترتيب، فالذي هو أَوْلَى بميراثه هو أَوْلَى بالصلاة عليه؛ لأن الأولوية في البابين إنما هي للأقرب فالأقرب.

وكذا هي في ولاية النكاح -أيضًا- فقوله: (**وقُدِّمَ عاصِبُ النَّسَبِ**)؛ أي: قدِّم في ميراث المولى الأسفل بعد فَقْد المولى الأعلى عصبة[7] المولى الأعلى من النسب، ثم المعتق للمولى[8] الأعلى، ....

(1) كلمة (أيضا) ساقطة من (ب).

(2) كلمتا (عصبة معتقه) يقابلهما في (ز): (عصبته).

(3) كلمة (الأعلى) زيادة انفردت بها (ز).

(4) كلمة (إلى) ساقطة من (ز).

(5) في (ب): (الأولية).

(6) في (ب): (والذي).

(7) كلمتا (الأعلى عصبة) يقابلهما في (ب): (الأعلى على عصبة) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(8) في (ز): (المولى).

ثم[1] عصبة هذا المعتق من النسب، ثم إذا[2] عدمت هذه العصبة؛ قدم معتق المولى الأعلى على عصبة نفسه -أيضًا- وعلى من أعتقه، وهكذا فالضمير في (مُعْتِقِهِ) يعود على المولى الأعلى المذكور أولًا.

والضابط فيمن يرث الولاء عن مستحقه أن تُقَدِّر موت المعتق يوم مات العتيق، فمَنِ استحق ميراث المعتق حينئذٍ بأولى عصوبة[3] ورث العتيق، وهذا مذهب جمهور العلماء في ميراث الولاء.

ورُوي عن الزبير رضي الله عنه وشريح وطائفة أن ميراثَه كميراث المال، فمن استحق شيئًا من[4] المال؛ استحق مثله من الولاء[5].

فإن قلتَ: هلَّا حملت كلام المصنف على معنى آخر هو أظهر من المعنى الذي شرحت به، وهو أن يكون المعنى أن الأَوْلَى بميراث المولى الأسفل عصبته[6] من النسب، فإن فُقِدوا؛ فمولاه الأعلى، فإن فُقِد؛ فعصبته، فإن فُقِدوا؛ فمعتقه، ويكون الضمير في (مُعْتِقِهِ) راجعًا إلى المولى الأسفل المقدر موته أولًا.

ويؤيد هذا المحمل[7] قوله في باب الفرائض: (ثُمَّ المُعْتِقُ كَما تَقَدَّمَ)، فإنه إن لم يكن هذا معنى كلامه؛ لم يصح قوله هناك: (كَما تَقَدَّمَ)، فإن كلامه هناك في ترتيب الوارثين كيف كانوا، وهو المناسب لهذا المحل.

وأما الأول، فكلامٌ في ترتيب وارثين مخصوصين وهم وارث الولاء.

قلتُ: لا خفاء، فإنَّ المحل الذي ذكر السائل صحيحٌ سهل غير أن المسألة في

---

(1) في (ز): (من).

(2) كلمتا (ثم إذا) يقابلهما في (ب): (فإذا).

(3) في (ز): (عصبة).

(4) كلمتا (شيئًا من) يقابلهما في (ب): (شيئًا مثله من) ولعل الصزواب ما أثبتناه.

(5) قوله: (والضابط فيمن يرث الولاء عن... مثله من الولاء) بنحوه في شرح جامع الأمهات، لابن عبد السلام (بتحقيقنا): 151/17.

(6) كلمة (عصبته) ساقطة من (ز).

(7) في (ز) و(ب): (المحل) ولعل الصواب ما أثبتناه.

كتابَيِ ابن شاس وابن الحاجب على المحمل الذي شرحنا به[1] أولًا، وعادة المصنف اتباعهما في غالب حاله حتى في ترتيب المسائل، كهذه التي نحن فيها والتي قبلها؛ فلذا حملنا كلامه عليه.

وأيضًا فإن ذلك المحمل أَوْلَى بهذا الباب؛ لأنه يكون كلامًا في ترتيب الولاء.

وأما الميراث بالنسب فليس هذا بابه، ومعلوم لمن[2] بَلَغَ في أبواب الفقه إلى هذا المقام[3] أن الميراث بالولاء لا يكون إلا بعد تَعَذُّرِه بالنسب.

وأما قوله في الفرائض: (كَما تَقَدَّمَ) فكما يحتمل ما قاله السائل -وهو الأظهر- يحتمل أن يعود إلى ترتيب الوارثين بالولاء فيما بينهم؛ ولذلك استغنى عن ذِكْر[4] ترتيبهم هناك.

ومما يؤيد الشرح الأول قوله: (عاصِبُ النَّسَبِ)، ولو قصد المعنى الثاني لقال: (وارث النسب) ولا خصوصية للعاصب في[5] ذلك الباب؛ لأَنَّ الوارث بالنسب -عاصبًا كان أو غيره- مُقَدَّم على الوارث بالولاء، وهذا الحكم الذي ذكر المصنف على الشرح الأول.

قال ابن يونس: إنه مذهب مالك، والشافعي، والحنفي، وجمهور الفقهاء.

وأما على الشرح الثاني، فقال: إنه لم يختلف فيه[6]، ثم[7] لا يخلو كلامه على الشرحين من إجمال.

أما على الأول فمن وجهين:

أحدهما أنه متى يعتبر[8] عاصب النسب المذكور، هل يوم موت المعتق، أو يوم

---

(1) كلمة (به) زيادة انفردت بها (ز).

(2) في (ز): (بمن).

(3) كلمتا (هذا المقام) يقابلهما في (ع2): (هذا المحل المقام) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) كلمة (ذِكْر) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(5) كلمة (في) ساقطة من (ب) و(ع2) وقد انفردت بها (ز).

(6) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 249/12.

(7) كلمة (ثم) ساقطة من (ز).

(8) كلمتا (متى يعتبر) يقابلهما في (ز): (لم يبين).

موت العتيق، والاعتبار إنما هو بعاصب النسب الموجود يوم موت العتيق، ولا عبرة بمن وُجِد منهم يوم موت المعتق، فإنهم لم يستحقوا ميراث العتيق حينئذٍ؛ لأَنَّ العتيق متأخِّر الموت عن المعتق كما فرضنا.

وثانيهما أنه لم يبين أن ذلك الأول[1] عصبة النسب؛ بل ظاهره أن كل عاصب يرث من الولاء، وليس كذلك؛ بل أولاهم، فلا شيء للأب مع الابن، ولا للبنت ولو مع الابن.

وأمَّا على الشرح الثاني، فالإجمال في قوله: (ثُمَّ عَصَبَتُهُ) من الوجه الثاني المذكور على الشرح الأول.

فإن قلتَ: ويَرِد على الشرحين -أيضًا- إجمال آخر مُخِل، وهو / أَنَّ إطلاق لفظ [ز:779ب] العاصب والعصبة، أو عمومه يقتضي وراثة الأخت الولاء إذا كانت عصبة مع البنت[2]، وهو غيرُ صحيحٍ.

قلتُ: هذا الإيهام مرتفع[3] بقوله عقيب المسألة: (ولا تَرِثُهُ أُنْثَى...) إلى آخره، ولو قال المصنف على الشرح الأول: (وقدم أولى[4] عصبته يوم موت العتيق)، أو على الثاني: (ثم أولى عصبته يوم موت العتيق) لَمَا ورد عليه ما ورد، وممَّن نصَّ على حكم هذا الفصل عبد الوهاب في "التلقين"[5] والحوفي.

وَلا تَرِثُهُ أُنْثَى إِنْ لَمْ تُبَاشِرْهُ بِعِتْقٍ، أَوْ جَرَّهُ وَلاءٌ بِوِلادَةٍ أَوْ عِتْقٍ

يعني أن الأنثى لا ترث ولاء عن قريب لها إذا مات وترك عتيقًا له، ثم مات ذلك العتيق، ولم يخلف وارثًا، كما يرث ذلك عصبة ورثة[6] المعتق، وإنما ترث الأنثى من الولاء ولاء مَنْ باشره عتقها، فإذا مات عتيق لها، ولم يترك وارثًا من نسبه؛ فإنها

(1) في (ز): (الأولى).

(2) في (ز): (الميت).

(3) في (ز): (يرتفع).

(4) كلمة (أولى) ساقطة من (ز).

(5) انظر: التلقين، لعبد الوهاب: 204/2.

(6) كلمة (ورثة) ساقطة من (ز).

ترث جميع ما خلَّف مولاها بالولاء.

وكذا ترث -أيضًا- من الولاء ولاء من جرَّ لها مولاها[1] ولاءه، إمَّا بولادته إيَّاه، كما إذا مات ابن لمولاها الذي أعتقته أو بنت له، ولم يترك وارثًا؛ فإنها ترثه -أيضًا- كما كانت ترث أباه.

وإمَّا بعتق منه لغيره، فإذا مات -أيضًا- من أعتقه مولاها المذكور، ولم يترك مولاه الذي أعتقه ولا وارثًا غيره؛ فإنها ترثه كما كانت ترث معتقه، فضمير (تَرِثُهُ) الأظهر فيه أنه عائد على الْمَوْلَى المفهوم من الولاء، وضمير (تُبَاشِرْهُ) عائدٌ عليه أيضًا.

وقوله: (عِتْق) موصوف حُذِفَت صفته؛ للعلمِ بها أي: كائن منها؛ إذ لو لَمْ تُقَدَّر تلك الصفة، وتُرِك الكلام على عمومه؛ للزم بالمفهوم أن ترث ولاء من باشره عتق غيرها، وإنما لا[2] ترث مَنْ لم يباشره عتق لا منها، ولا من غيرها، وليس بصحيحٍ، وضمير (جَرَّهُ) عائد على المولى أيضًا، و(جَرَّهُ) معطوف على (تُباشِرْهُ).

وقوله: (بِوِلادَةٍ) موصوف بمحذوف -أيضًا- أي[3]: كائنة لعتيقها على غيره، وكذا التقدير في قوله: (عِتْق) أي: كائن من مولاها لغيره، وهذه التقديرات لا بدَّ منها؛ لئلا يختل المعنى كما قررنا في عتق الأول، وإنما حذفها؛ للعلم بها.

وبسط[4] كلامه: ولا ترث أنثى مولى إن لم يباشر ذلك المولى عتقها، أو إن[5] لم يجر ذلك المولى الموروث لها ولاء من عتيقها إما بولادة لعتيقها عليه، أو بعتق عتيقها إياه.

وعبارته مع تعقيدها ليس فيها كبير اختصار، وفيها مع ذلك إجمال آخر مُخِل،

---

(1) في (ز): (مولاه).

(2) كلمة (لا) ساقطة من (ع2).

(3) كلمة (أي) ساقطة من (ز).

(4) ما يقابل كلمة (وبسط) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(5) كلمة (أو إن) يقابلها في (ز): (وإن) ولعل الصواب ما أثبتناه.

فإن قوله: (بِوِلادَةٍ) يعني بها ما سفلت الولادة، لكن بشرط أن تكون من أبناء ولد العتيق الذكور دون الإناث، ولا يصح أن يقال: لا ولادة له على أولاد بناته؛ لأنهم ولد رجال آخرين، كما قال الشاعر في البيت المشهور؛ لأنه باطلٌ قطعًا؛ لغة وشرعًا.

ونص هذه المسألة بكمالها من "التهذيب": ولا يرث أحد من النساء ولاء ما[1] أعتق أب لهنَّ، أو أم، أو أخ، أو ابن، والعصبة أحق بالولاء منهنَّ، فإن مات مولى لأب لهنَّ، أو لأخ ولم يدع وارثًا ولا عصبة لمولاه؛ فميراثه لبيتِ المال دونهن.

ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق[2] من أعتقن، أو ولد من أعتقن من ولد الذكور؛ ذكرًا كان ولد هذا الذكر أو أنثى، وإن سفل.اهـ[3].

وفي "النوادر": قال سحنون في كتاب ابنه: إن هذا الحكم في ميراث النساء الولاء مجمعٌ عليه[4].

وزاد ابن يونس: وقال غيره: رُوي أنَّ النبي ﷺ قال: «**لَا تَرِثُ النِّسَاءُ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ، أو ولد من أعتقن**»[5].

وقد تقدَّم نص "الرسالة" في هذه المسألة.

---

(1) في (ب) و(ع2): (من) وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) كلمتا (أو أعتق) ساقطتان من (ز) وهما في تهذيب البراذعي.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 345 و346.

(4) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 252/13.

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 257/2 و258.

والحديث رواه الدارمي في باب ما للنساء من الولاء، من كتاب الفرائض، في سننه: 2015/4، برقم (3191).

وابن أبي شيبة في باب فيما ترث النساء من الولاء وما هو، من كتاب الديات، في مصنفه: 289/6، برقم (31506) كلاهما عن الحسن رَحِمَهُ اللهُ.

وإنِ[1] اشْتَرَى ابنٌ وَبِنْتٌ أَبَاهُما ثُمَّ اشْتَرَى الأَبُ عَبْدًا فَماتَ العَبْدُ بَعْدَ الأَبِ وَرِثَهُ الابْنُ، وإنْ ماتَ[2] الابْنُ أَوَّلًا فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ لِعِتْقِها نِصْفَ المُعْتِقِ، وَالرُّبُعُ لأَنَّها مُعْتِقَةٌ نِصْفَ أَبِيهِ، وإنْ ماتَ الابْنُ ثُمَّ الأَبُ فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ بِالرَّحِمِ وَالرُّبُعُ بِالوَلاءِ وَالثُّمُنُ بِجَرِّهِ

المسألة المتقدمة تضَّمنت أن الأنثى لا ترث ولاء من أعتق غيرها[3]، وترث ولاء معتقها وولده ومعتقه.

وهذه مثال للحكمين معًا، فإذا اشترى ابن وبنت أباهما، فعتق عليهما، ثم اشترى الأب عبدًا فأعتقه، ثم مات الأب؛ فإن ولدَيْه يرثانه للذكر مثل حظ الأنثيين، فلو مات العبد المعتق للأب ولم يترك وارثًا سوى ولدي[4] سيده؛ / فإنَّ ميراثه للابن وحده؛ لأن الأنثى لا ترث ولاء من أعتقه غيرها[5]؛ إذ الولاء لأقرب عصبة المعتق الذكور كما تقدَّم، وهو هنا الابن، فيرث مولى أبيه دون أخته. [ز:780/أ]

وبان لك أن قول المصنف: (ثُمَّ اشْتَرَى الأَبُ عَبْدًا) معناه: فأعتقه، فهو من حذف الفاء مع معطوفها؛ لدلالة المعنى عليه، نحو قوله تعالى: ﴿أَنِ ٱضْرِب بِّعَصَاكَ ٱلْبَحْرَ ۖ فَٱنفَلَقَ﴾ [الشعراء:63] أي: فضرب فانفلق؛ لأن الكلام في ميراث الولاء.

وأما العبد الذي لم يعتق؛ فلا يصح أن يكون مرادًا؛ أمَّا أولًا؛ فلأنه من جملة مال أبيها الموروث لهما أولًا بالنسب.

وأما ثانيًا؛ فلأنَّه لا يصح أن يقال: ورث العبد حقيقة؛ لأنَّ الرقيق لا يورث.

---

(1) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (ولو).

(2) في بعض نسخ نجيبويه للمتن: (فإنْ مَاتَ) بالفاء عوضًا عن الواو.

(3) في (ز): (عبدها) ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) في (ب): (ولد).

(5) في (ز): (عبدها) ولعل الصواب ما أثبتناه.

وقوله: (وإِنْ ماتَ الإبْنُ...) إلى قوله: (نِصْفَ أَبِيهِ) مراده بقوله: (أَوَّلًا) أي: قبل العبد، وليس قيد الأولية[1] راجعٌ إلى ما[2] رجع إليه قيد البَعْدية قبله، فيكون المعنى: وإن مات الابن قبل الأب؛ لأَنَّ هذه هي المسألة التي بعد هذه.

ومعنى هذه المسألة أن أباهما مات، ثم مات ابنه بعده، ثم مات عبد الأب المعتق، ولم يترك غير بنت سيده؛ فإنَّها ترث من هذا العبد أولًا نصف ما ترك؛ لأن نصف أبيها الذي باشرت عتقه جرَّ لها ولاء نصف مجموع ما أعتق أبوها؛ لأنها كما كانت ترث ممن أعتقت نصف ولائه كذلك ترث من معتق عتيقها النصف، فهذا معنى قوله: (فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ لِعِتْقِها نِصْفَ المُعْتِقِ) -بكسر التاء- وهو أبوها، ثم ترث البنت -أيضًا- من النصف الباقي مما ترك العبد نصفه، وهو الذي عنى بقوله: (والرُّبُعُ)؛ لأن نصف النصف ربع مجموع التركة، وهذا الربع إنما ورثته بما جرَّ لها أبوها من ولاء أخيها بولادته إياه.

فكأن هذا النصف الباقي يستحقه أخوها لو كان حيًّا، فلمَّا مات ولم يترك سواها؛ كان لها من متروكه النصف؛ لأنه ولد من أعتقت نصفه، فعتقها نصف أبيها جرَّ لها نصف ولاء ولده، كما جرَّ لها نصف ولاء عتيقه، وإلى هذا أشار بقوله: (وَالرُّبُعُ) أي: ولها -أيضًا- بعد أخذِ النصف الربع من التركة، وهو نصف النصف[3] الباقي الذي يستحقه الابن لو كان حيًّا[4]؛ لعتقه نصف أبيه.

وإنما أخذت ذلك الربع؛ لأنها معتقة نصف أب ذلك الابن الذي هو أخوها، فضمير (أَبِيهِ) عائدٌ على الابن، فعتقها نصف الأب يجر لها نصف ولاء الابن.

---

(1) في (ز): (الأولوية).

(2) كلمة (ما) ساقطة من (ز).

(3) كلمة (النصف) ساقطة من (ز).

(4) كلمة (حيًّا) زيادة انفردت بها (ع2).

والحاصل أن عتقها نصف أبيها جرَّ لها بالعتق نصف ولاء مَنْ أعتق أبوها، وبالولادة نصف ولاء ابنه، فتأخذ نصف ولاء العتيق كاملًا، والنصف الآخر الذي يأخذه أخوها بالولاء تقديرًا تأخذ منه نصفه؛ فكان لها ثلاثة أرباع.

وقوله: (وإِنْ ماتَ الابْنُ، ثُمَّ الأَبُ...) إلى آخره يعني: فإن مات الابن قبل أبيه؛ فإن أباه يرثه بالنسب، فإن مات الأب وترك ابنته المذكورة؛ فإن لها من متروك أبيها النصف بالرحم أي: بالنسب[1]، ولها -أيضًا- من النصف الباقي نصفه، وهو الربع تأخذه بالولاء؛ لعتقها نصف أبيها، ويبقى الربع يستحقه مَنْ بقي من موالي الأب، وهو أخوها أو من يستحقه بعده.

لكن[2] أخوها مات ولم يترك غيرها؛ فتأخذ نصف ما يستحق بالولاء؛ لأنه ابن من أعتقت نصفه، فيجر لها ولاء نصف من ولد -كما تقدَّم- وهو الربع الباقي، ونصف الربع ثُمن، فيبقى ثُمن واحد؛ إمَّا لموالي أم الابن -إن كانت مولاة- أو لبيت المال إن لم تكن مولاة، وتأخذ البنت سبعة أثمان المال.

وظهر لك أنه لا حاجة في هذه المسألة الأخيرة إلى فرض عتق الأب عبدًا، فإِنَّ هذا القدر ترثه الابنة في هذا الفرض أعتق أبوها عبدًا أم لا، ذكرها في "النوادر"، وقال: إنها في[3] كتاب ابن سحنون، وهي لابن الماجشون[4].

ونقلها -أيضًا- ابن يونس هي والمسألتين قبلها من كتاب محمد[5].

وأما الأولى وهي قوله: ورثه الابن، فمذكورة في "المدونة"[6]، وغيرها بالعموم، وقد تقدَّم من نصها ما يدل على ذلك.

---

(1) عبارة (فإن مات الأب وترك... أي بالنسب) ساقطة من (ز).

(2) ما يقابل كلمة (لكن) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

(3) في (ز): (من)، وما يقابل كلمة (في) بياض في (ع2).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 252/13 و253.

(5) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 259/6.

(6) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 347/2.

وفي "المدونة" أيضًا ما يشبه هذه المسائل، ومسائل هذا الفصل كثيرة، وما تراه من تكرار لفظ الشرح في هذا الفصل، فسببه الحرص على البيان، والله الموفق للصواب بمنه وكرمه.

فهرس الموضوعات